C-741-98

Sentencia C-741/98

FUNCION NOTARIAL-Naturaleza jurídica

El servicio notarial es no sólo un servicio público sino que también es desarrollo de una función pública, con lo cual la demanda pierde gran parte de sus fundamentos, pues los cargos del actor reposan en gran medida en la afirmación según la cual el notariado no es el desarrollo de una función pública, por tratarse de un servicio público. Por ende, la Corte encuentra que no tiene ningún sustento la acusación del demandante contra la expresión “en el ejercicio de sus funciones” del artículo 1º de la Ley 29 de 1973 puesto que los notarios ejercen funciones públicas.

FUNCION NOTARIAL-Regulación constitucional/SERVICIO NOTARIAL-Libertad del legislador para regularlo

La Constitución confiere entonces una amplia libertad al Legislador para regular de diversas maneras el servicio notarial, puesto que el texto superior se limita a señalar que compete a la ley la reglamentación del servicio que prestan los notarios y registradores, así como la definición del régimen laboral para sus empleados. Por consiguiente, bien puede la ley atribuir la prestación de esa función a particulares, siempre y cuando establezca los correspondientes controles disciplinarios y administrativos para garantizar el cumplimiento idóneo de la función; sin embargo, también puede el Legislador optar por otro régimen y atribuir la prestación de ese servicio a funcionarios públicos vinculados formalmente a determinadas entidades estatales.

CARRERA NOTARIAL-Obligatoriedad del concurso

Si la Constitución ordena perentoriamente que los notarios en propiedad sean nombrados por concurso, la existencia de la carrera notarial es la consecuencia natural de ese mandato constitucional. El diseño de la carrera es entonces la forma legal de reglamentar el servicio prestado por los notarios, por lo cual la carrera notarial, como carrera especial para la reglamentación de la función fedante, tiene pleno respaldo constitucional, tal y como esta Corte ya lo había señalado en anteriores decisiones, en donde señaló que, al ser la función notarial una labor eminentemente técnica, y al haber ordenado la Carta el nombramiento en propiedad de los notarios por concurso, entonces debe entenderse que la Constitución establece la carrera notarial como un sistema especial de carrera.

NOTARIO EN PROPIEDAD/NOTARIO EN ENCARGO/NOTARIO EN INTERINIDAD

La Corte concluye entonces que en nada viola la Constitución que la ley distinga entre los notarios en propiedad y aquellos por encargo o interinos. Con todo, esta Corporación precisa que estas figuras son exequibles en el sentido de que son mecanismos razonables para asegurar la continuidad de la función notarial, pero que la Carta ha adoptado un modelo que privilegia la prestación de este servicio por notarios en propiedad, nombrados por concurso, y que por ende hacen parte de la carrera notarial. No otro es el sentido del mandato perentorio del artículo 131 superior sobre la necesidad del concurso para proveer en propiedad el cargo

de notario.

CARRERA NOTARIAL Y PRINCIPIO DE IGUALDAD-Implicaciones sobre concurso

La regulación afecta la carrera notarial, la cual, como ya se vio, es establecida por la propia Carta al ordenar que los cargos en propiedad de notarios sean provistos por concurso. En efecto, en reiteradas oportunidades esta Corporación ha manifestado que la carrera para el ejercicio de funciones públicas se fundamenta en tres principios interrelacionados: de un lado, la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la función, por lo cual la administración debe seleccionar a la persona exclusivamente por su mérito y capacidad profesional. De otro lado, la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas. Finalmente, la protección de los derechos subjetivos de quien pertenece a la carrera, tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, pues las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado. Ahora bien, es claro que la regulación impugnada afecta estos principios. De un lado, la norma vulnera el principio de igualdad en el acceso a la función pública, puesto que sólo quienes ya son notarios pueden ingresar a la carrera notarial, cuando la Carta establece, conforme lo ha señalado con claridad esta Corporación, que los concursos para incorporarse a la carrera tiene que ser abiertos.

NOTARIO DE CARRERA Y NOTARIO DE SERVICIO-Inconstitucionalidad de la diferencia

La regulación impugnada desconoce la estabilidad propia de los sistemas de carrera. Según tal principio, si la persona cumple adecuadamente con los deberes de su cargo, tiene derecho a permanecer en la función, mientras que la norma acusada obliga al notario de servicio a volver a concursar para el mismo cargo cada vez que termina el período, con lo cual la regulación afecta el sentido mismo de la carrera notarial y desconoce los derechos subjetivos, y en especial el derecho a la estabilidad, de quien ha ingresado al servicio notarial por medio de un concurso. La diferenciación entre notarios de servicio y notarios de carrera es inconstitucional, pues la Carta establece que sólo pueden ejercer en propiedad el cargo personas que hayan ingresado a la carrera notarial, gracias al concurso de méritos respectivo, el cual, como ya se señaló, debe ser no sólo abierto sino cumplir los requisitos de objetividad. Esta Corporación procederá entonces a retirar del ordenamiento aquellos apartes de las normas acusadas que consagran o presuponen la existencia de notarios de servicio, y que por ende limitan el carácter obligatoriamente abierto de los concursos para acceder a la carrera notarial.

INTENDENTE Y COMISARIO-Inconstitucionalidad sobreviniente

Es claro que la referencia a los intendentes y a los comisarios se ve afectada por una inconstitucionalidad sobreviniente, por cuanto la Carta de 1991 suprimió las antiguas intendencias y comisarías, las cuales fueron transformadas en departamentos, conforme lo ordena el artículo 309 superior. Además, al regular el ordenamiento territorial, la Carta no prevé la existencia de intendencias o comisarías como entidades territoriales. Por tal razón, la Corte procederá a retirar del ordenamiento la expresión “, intendentes y comisarios”.

NOTARIO-No es funcionario de libre nombramiento y remoción

Se entiende que la facultad del Gobierno nacional y de los gobernadores respectivos no es discrecional, por cuanto los notarios no son sus agentes sino personas que ejercen una función pública eminentemente técnica. Los notarios no son entonces, tal y como ya lo precisó esta Corte en anterior decisión, funcionarios de libre nombramiento y remoción, por lo cual no sólo no pueden ser removidos discrecionalmente por el nominador sino que, además, en el caso de los notarios en propiedad, la facultad del Gobierno Nacional y de los gobernadores se limita a nombrar a la persona que haya obtenido el mejor puntaje en el concurso respectivo. En efecto, esta Corporación tiene bien establecido que “frente al concurso, la administración, carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que considere sin embargo más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa de que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso”.

NOTARIO-Periodo de cinco años

Es claro que la referencia al período de cinco años no debe ser interpretada de manera aislada sino en forma sistemática, tomando en consideración no sólo el conjunto del decreto 960 de 1970 y de la Ley 29 de 1973 sino también las disposiciones constitucionales, y en especial el mandato constitucional según el cual el nombramiento en propiedad de los notarios sólo puede hacerse mediante concurso. Por consiguiente, es natural concluir que el período allí señalado hace referencia a los nombramientos en propiedad, puesto que los notarios en encargo son elegidos únicamente para un máximo de noventa días, mientras que los notarios interinos son designados exclusivamente en aquellos casos en donde resulta imposible efectuar un nombramiento en propiedad, y mientras se realiza el correspondiente concurso. Por ende, es contrario a la Carta predicar un período para esos notarios interinos, lo cual no significa, sin embargo, que puedan ser removidos libremente por el Presidente o por los gobernadores. La expresión “para períodos de cinco años” únicamente tiene sentido en relación a la diferencia que establece el estatuto notarial entre notarios de servicio y de carrera; por ende, como la Corte ha encontrado que esa diferenciación desconoce la Carta, es obvio que se deba también retirar del ordenamiento la mencionado expresión.

CARRERA NOTARIAL Y CONSEJO SUPERIOR

El artículo 164 del decreto 960 de 1970 se encuentra vigente, pues no ha sido derogado expresa ni tácitamente por normas preconstituyentes, y la Constitución tampoco suprimió expresamente esa norma, ya que ordenó el nombramiento de los notarios en propiedad mediante concurso pero no le atribuyó a ningún organismo constitucional la administración de la carrera notarial, por lo cual se entiende que esa función sigue siendo ejercida por el organismo legal existente para tal efecto. Es obvio entonces que la función del Consejo Superior de la Administración de Justicia que administraba la carrera judicial fue asumida por el actual Consejo Superior de la Judicatura, por lo cual las normas que lo regulaban fueron derogadas por la Constitución en esa materia. Por ello el Consejo Superior de la Administración de Justicia, continuó siendo un organismo vigente, sin las funciones atribuidas al Consejo Superior de la Judicatura, pero con la función de administrar la carrera notarial y los concursos de notarios, por cuanto tales funciones no fueron asignadas ni expresa ni

tácitamente a ningún otro organismo, ni por la ley o la Constitución. La Corte declarará la inexecutable de la expresión “de la Administración de Justicia”, contenida en la denominación “Consejo Superior de la Administración de Justicia”, en el entendido de que a partir de la presente sentencia, y mientras el Legislador no regule la materia de manera distinta, la entidad encargada de administrar los concursos y la carrera notarial se denominará “Consejo Superior”. En ese mismo orden de ideas, siendo claro que esta institución ya no se puede confundir con ninguna otra, la Corte también retirará del ordenamiento la expresión “entonces,” de ese mismo artículo, la cual pierde toda eficacia normativa. Finalmente, y por razones de unidad normativa, esta Corporación también procederá a declarar la inexecutable de la expresión “de la Administración de Justicia”, contenida en la denominación “Consejo Superior de la Administración de Justicia”, cuando ésta se encuentre en otros artículos del decreto 960 de 1970.

Referencia: Expediente D- 2139

Normas acusadas: Artículo 1º (parcial) de la Ley 29 de 1973 y artículos 145, 147, 161 (parcial) y 164 del decreto 960 de 1970.

Demandante: Luis Eduardo Montoya Medina

Temas:

Naturaleza jurídica de las funciones notariales.

Distinciones y relaciones entre servicios públicos y funciones públicas.

Marco constitucional del servicio notarial y posibilidades de desarrollo legal.

La obligatoriedad del concurso para proveer cargos notariales en propiedad y fundamento constitucional de la carrera notarial.

Carrera notarial y principio de igualdad: implicaciones sobre los concursos.

La subsistencia del Consejo Superior de la Administración para efectos de la carrera notarial.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Vladimiro Naranjo Mesa, y por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina presenta demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 29 de 1973 y los artículos 145, 147, 161 (parcial) y 164 del decreto 960 de 1970, la cual fue radicada con el número D-2139. La demanda es admitida, se fija en lista para las intervenciones ciudadanas y se corre traslado al Procurador General para que rinda el concepto de rigor. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISIÓN.

A continuación se transcriben los artículos acusados y se subrayan los apartes impugnados de las normas parcialmente demandadas. Así, el artículo 1º de la Ley 29 de 1973 establece:

LEY 29 DE 1973

(Diciembre 28)

“Artículo 1º. El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fé notarial.

La fé pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante el notario a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece.”

Por su parte, el artículo 161, parcialmente acusado, del decreto 960 de 1970, señala:

DECRETO NUMERO 960 DE 1970

(junio 20)

“Artículo 161. Subrogado. D-2163 de 1970, art. 5º Los notarios serán nombrados para períodos de cinco (5) años, así: los de primera categoría por el gobierno nacional; los demás por los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos.

La comprobación de que se reúnen los requisitos exigidos para el cargo se surtirá ante la autoridad que hizo el respectivo nombramiento, la cual lo confirmará una vez acreditados”.

Finalmente, los artículos 145, 147 y 164 del mismo decreto 960 de 1970, demandados en su totalidad, preceptúan:

DECRETO NUMERO 960 DE 1970

(junio 20)

(...)

“Artículo 145. Los notarios pueden ser de carrera o de servicio, y desempeñar el cargo en propiedad, en interinidad o por encargo.”

(...)

“Artículo 147. La estabilidad en el cargo ejercido en propiedad podrá extenderse hasta el retiro forzoso, dentro de las condiciones de la carrera, para quienes pertenezcan a ella, y al término del respectivo período, para quienes sean de servicio”.

(...)

“Artículo 164. La carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, integrado entonces, por el Ministro de Justicia, los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario, el Procurador General de la Nación y dos notarios, uno de ellos de primera categoría, con sus respectivos suplentes personales, elegidos para períodos de dos años por los notarios del país, en la forma que determine el reglamento. Para el primer período la designación se hará por los demás miembros del Consejo.

En el Consejo tendrá voz, entonces, el superintendente de notariado y registro”

III. LA DEMANDA.

El actor considera que las normas demandadas vulneran los artículos 2º, 3º, 4º, 6º, 13, 29, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 130, 189, 209 y 305 de la Constitución. Según su criterio, es necesario distinguir entre las funciones públicas y el servicio público prestado por personas naturales, pues estas actividades corresponden a conceptos diversos: la función pública, que es desarrollada por los funcionarios públicos, mientras que el servicio público puede ser prestado por particulares. Ahora bien, agrega el actor, la Constitución, en desarrollo de un tradición que se remonta a los años treinta, encomienda a los notarios el servicio público notarial, sin incorporarlo a los órganos del Estado, por lo cual se entiende que no son funcionarios. En sus palabras:

“El servicio público notarial no integra la Rama Ejecutiva del poder Público central ni descentralizado, territorialmente o por servicios, por lo que los sujetos que lo encarnan, denomíneselos notarios, no son empleados ni funcionarios estatales, ni empleados nacionales (189-13 C.P.) y, por ende, estarán excluidos de los alcances del artículo 125 de la Constitución pues no están vinculados a los Organos o a las Entidades del Estado, no amparados por los efectos de ellas, ni vigilados por los Organos autorizados en el art. 130 ídem, por cuanto aquí se aludió a las carreras especiales o a la general de los servidores del Estado en dichos órganos y entes Estatales.

Si el servicio público notarial no se ejerce por empleados o funcionarios estatales, como que las notarias no son cargos públicos de ninguna de las Ramas del Poder Público, síguese que dicho servicio público tiene sus específicas características y que no está atendido por

servidores públicos.”

Conforme a lo anterior, el demandante considera que la expresión “en el ejercicio de sus funciones” del artículo 1º de la Ley 29 de 1973 desconoce la Carta porque supone que los notarios cumplen funciones públicas, mientras que la Carta les atribuye la prestación de un servicio público. Según su criterio, las funciones públicas estatales difieren del servicio público, “por lo que debe inferirse que los sujetos jurídicos que prestan el último y las personas naturales a ellos vinculados no son funcionarios públicos en estricto sentido, ni son empleados públicos o funcionarios estatales”. Por ende, concluye el actor, no puede el legislador convertir en función pública “lo que el Constituyente previó como servicio público”.

En ese mismo orden de ideas, el demandante considera que si el notario no es un funcionario público, entonces no puede tampoco estar sometido a un régimen de carrera, ya que éste se predica de los funcionarios y no de los particulares que prestan servicios públicos. Para el actor no puede entonces existir la carrera notarial, por lo cual el artículo 145 del Decreto-Ley 960 de 1970 vulnera la Carta al tratar a los notarios como servidores estatales y suponer la existencia de una carrera notarial. Según su criterio, si los notarios no cumplen las funciones de un cargo público, “por lo menos resultan inapropiadas las referencias a la forma del cumplimiento de ese servicio mediante vinculaciones en propiedad, en encargo o en interinidad, nociones legales que encuentran su razón de ser en la preexistencia de un ‘cargo público’, explicativo de la existencia de normas propias de la administración de personal denominado ‘de carrera’”. La norma demandada extiende entonces indebidamente los derechos, beneficios y restricciones del sistema de “de carrera” a los notarios, que no están ligados con el Estado.

El actor considera que el artículo 147 del Decreto-ley 960 de 1970 adolece de vicios similares pues concibe también el servicio notarial como una función pública al consagrar la estabilidad de los notarios “hasta la edad de retiro forzoso, como si realmente se tratase de una función pública vitalicia”. Además, según su parecer, esa norma consagra una distinción inconstitucional en el seno del servicio notarial, entre los denominados notarios de carrera y de servicio. En ese mismo orden de ideas, si los notarios no son servidores públicos, su nombramiento no puede provenir de la Rama Ejecutiva del poder Público, como lo prevé el artículo 161 de ese mismo decreto, por lo cual, según el demandante, esa disposición es también inconstitucional. En síntesis, precisa el actor, la Carta no autoriza extender los beneficios de carrera “para personas que atienden un servicio público” pero “que no integran ninguna de las ramas del poder público”, como es el caso de los notarios. Además, aun cuando no es totalmente claro, el demandante sugiere que el precepto acusado es contradictorio pues establece que los notarios serán nombrados para períodos de cinco años, lo cual significaría que están excluidos de los beneficios de carrera, pues de acuerdo con el artículo 125 de la Carta los servidores públicos de período constitucional o legal no tienen derecho a pertenecer a una carrera.

Finalmente, el demandante considera que el artículo 164 del Decreto-Ley 960 de 1970, además de encontrarse “desactualizado”, debido al tránsito constitucional, es contrario al artículo 130 de la Carta ya que cubre con los beneficios de una carrera a quienes no son servidores públicos. Concluye entonces el actor:

“Si el Constituyente previó que la provisión de los notarios en propiedad se haga por concurso, ello no indica que estemos ante una carrera notarial, sino que, como arriba decíamos, el Constituyente previó acumuladamente que el servicio notarial será un servicio público al cual se llegue por oposición pública, como por méritos se concursa en la contratación estatal sin que se diga que nos encontramos ante una carrera, servicio público reglamentado por el Congreso en los aspectos señalados por el artículo 131 constitucional, que, además, al Gobierno competirá la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado para atender la prestación de ese servicio ante la comunidad, tanto como la determinación de su número, sin que por los mismo los notarios sean tratados como servidores públicos bajo la denominación del art. 123 Constitucional, ni que por ello correspondan a la noción de empleados o funcionario estatal ni que desempeñen un cargo público, ni cumplan una función pública, sin perjuicio de sus obligaciones públicas como sujetos particulares encargados de la prestación de un servicio público, como lo disponen los artículos 6º y 95 de la Carta fundamental vigente.”

IV- INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES

4.1. Intervención de la Superintendencia de Notariado y Registro.

La ciudadana Gloria Cecilia Chaves Almanza, en representación de la Superintendencia de Notariado y Registro, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Para ello comienza por examinar la naturaleza de las funciones notariales y precisa que estas personas no son en estricto sentido servidores públicos. Sin embargo, agrega que, como lo señaló la sentencia C-181/97 de esta Corporación, estos particulares tienen “una gran responsabilidad, al ser depositarios de una especialísima función confiada a ellos por el Estado”, por lo cual, además, tienen “una posición de autoridad estatal gozando de las prerrogativas del poder público, por ello su responsabilidad es mayor que la de un particular que ejerza una función netamente privada”. Esto explica, agrega la interviniente, que sobre ellos recaigan controles especiales, sin que por tal razón se conviertan en servidores estatales, desde el punto de vista subjetivo.

La ciudadana se apoya también en el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, MP Javier Henao Hidrón, del 25 de febrero de 1998, según el cual a los notarios no se les aplica el régimen de inhabilidades previsto para los funcionarios o empleados públicos en el artículo 179 de la Carta, ya que “funcionario” es aquella “persona que desempeña un empleo público”. Según la interviniente, el Consejo aclara que los notarios tienen un status sui generis en el régimen institucional colombiano, pues a pesar de ser particulares, son los únicos a quienes se refirió en forma especial a la Constitución en el Capítulo denominado “De la Función Pública”. Sin embargo, aclara la interviniente, “no debe confundirse la función que desempeñan con su carácter de particulares que prestan un servicio público”. Según su parecer, aunque la norma acusada expresa que “ejercen funciones”, esto no significa que sean funcionarios públicos pues deben ser “considerados particulares”. Por ello considera que la expresión acusada “debe entenderse desde el punto de vista de los trabajadores particulares, sin olvidar claro está, su especial condición de prestar un servicio público, y sin concluirse que son funciones ‘públicas’ propias de los funcionarios públicos.” Luego de un estudio del alcance de las expresiones “función” y “servicio público”, la ciudadana concluye entonces que “el notario, al prestar su servicio

público, desempeña una labor, tarea, o función determinada. Por ello, no tendría objeto declarar inexecutable el vocablo demandado.”

De otro lado, la interviniente considera que el artículo 131 de la Constitución no abolió la carrera notarial, por lo cual “resulta necesario deslindar el concepto de carrera aplicable a los funcionarios públicos, del término ‘carrera’ en su concepción general.” Por ello, según su criterio, no existe ninguna razón para oponer la existencia de una carrera notarial con el carácter de particulares de los notarios, por lo cual concluye al respecto:

“La carrera es un mecanismo especial de entrada, estabilidad y ascenso en un área determinada. No implica necesariamente, el de los empleados públicos. Las empresas privadas pueden establecer para sus trabajadores un régimen de carrera, y es así como actualmente existen muchas que aplican exámenes clasificatorios para ocupar cargos laborales y ascender en la empresa, entre otras, con miras a lograr mayor efectividad laboral, No por ello, podríamos entrar a afirmar que estos empleados pasan a ser públicos.

Diferente es, que en el caso de los notarios, la ley por facultad Constitucional, decida si implementa o no un régimen de carrera especial para ellos. En la actualidad el Estatuto Notarial la consagra al establecer, por ejemplo, el sistema de concurso para ascender de una notaria de inferior categoría a otra de superior categoría. Se repite, esto no implica que se conviertan en funcionarios públicos.”

En ese mismo orden de ideas, la interviniente considera que la ley puede prever situaciones jurídicas diversas para los notarios, como la propiedad, la interinidad o el encargo, ya que estas denominaciones no hacen referencia al régimen propio de los funcionarios públicos “sino a una clase especial de nombramiento que otorgue al notario determinada estabilidad y derechos especiales y lo haga titular de la respectiva notaría”. Según su criterio:

“Sólo procede el nombramiento de notarios en propiedad a quienes aprueben el concurso. Esta condición además de dar mayor estabilidad, le confiere determinados derechos especiales que se encuentran consagrados en el decreto ley 960 de 1970 y su reglamentario 2184 de 1983.

Existen y existirán siempre casos en los cuales se presente falta temporal o absoluta del titular de la notaría y sea necesario designar urgentemente a otra persona para la continuidad del servicio. Es acá cuando se presenta como indispensable el poder designar a otra persona en forma totalmente transitoria mientras se normaliza tal situación.

Finalmente, en relación con el artículo 164 del Decreto-Ley 960 de 1970, la interviniente considera, con base en la sentencia del 18 de diciembre de 1997 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que la nueva Carta eliminó el Consejo Superior de la Administración de Justicia, por lo cual existe un vacío regulativo ya que no hay en la actualidad “un organismo con facultades legales para asumir las funciones de administrador de la carrera notarial, siendo de competencia del Congreso de la República expedir las reglas de derecho pertinentes.” Sin embargo, la ciudadana precisa que la sentencia SU-250/98 de la Corte Constitucional ordenó la convocatoria a concursos a más tardar en diciembre del presente año, pero sin analizar la integración de este Consejo. Por ende, considera que si el Congreso “no aprueba la ley que reglamente los concursos, la convocatoria se hará por los miembros

que aún quedan de dicho consejo, y de demandarse la convocatoria por haber sido convocada por un ente incompetente, o indebidamente integrado, por la vía de lo contencioso administrativo, el demandante tendrá como antecedente jurisprudencial el pronunciamiento del H. Consejo de Estado”, según el cual ese órgano no existe. La interviniente sugiere entonces que existe una paradoja ya que si el Congreso “no expide la ley que reglamenta los concursos notariales, y se declara inexequible esta norma, no habrá quien convoque a concursos como lo ordenó la Corte Constitucional”, pero si la disposición acusada se declara exequible y se realiza el concurso, “la convocatoria puede ser demandada por emanar de un ente inexistente o indebidamente integrado o incompetente.”

4.2. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

La ciudadana Blanca Esperanza Niño Izquierdo, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Para tal efecto, la interviniente comienza por precisar que los particulares pueden participar “en la prestación de las actividades administrativas, de las cuales el Estado es titular originario”, en virtud de la llamada “descentralización por colaboración”. Esto significa, según su criterio, que “la función administrativa no es exclusiva del poder público, sino que también incumbe a personas privadas, afirmación que encuentra respaldo en los artículos 123, 365 y 210 de la Carta”. Igualmente la ciudadana precisa que en el régimen constitucional colombiano, la actividad notarial ha sido calificada de servicio público, por lo cual considera que los notarios deben ser “considerados servidores públicos ya que las tareas que desempeñan son de interés social, puesto que se les ha investido en la guarda de fe pública, entendida como la autenticidad de que revisten, en nombre del Estado, a las declaraciones emitidas por los particulares ante ellos en ejercicio de sus funciones”. A partir de lo anterior, y con fundamento en la sentencia SU-250 de 1998 de esta Corte, la interviniente considera que el demandante yerra al afirmar que los notarios no son autoridades estatales, por lo cual concluye que sus acusaciones carecen de sustento.

Acto seguido, la ciudadana señala que el artículo 131 de la Carta ordena que el nombramiento de los notarios se efectúe por concurso, lo cual significa que “el Constituyente quiso seleccionar los notarios mediante la comprobación de sus capacidades intelectuales y morales, garantizar su estabilidad en el cargo y facilitar su promoción y ascenso en aras de mejorar el servicio de la función notarial.” Además, agrega la interviniente, no sólo “esta disposición forma parte del capítulo constitucional de la función pública y de aquellos sistemas especiales de carrera”, sino que el artículo 125 superior “dispone que todo los empleos en los órganos del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los que determine la ley”, por lo cual debe concluirse que es la propia Carta la que incluye a los notarios en el régimen de carrera. En efecto, precisa la ciudadana, una interpretación sistemática de esas disposiciones permite concluir “que sólo pueden ser nombrados notarios quienes hayan sido vinculados por concurso público, en condiciones iguales y de imparcialidad, y su retiro se hará sólo por calificación no satisfactoria en el desempeño de sus funciones o por violación de estatuto notarial (Decreto 960/70) o por desconocer las otras causales previstas en la Constitución o en la Ley”. Por ello, según su criterio, “el régimen de carrera notarial lejos de vulnerar la Carta Política lo que hace es salvaguardar los derechos de todos los asociados con respecto

al acceso y ejercicio de las funciones pública”, por lo cual concluye que las normas acusadas no contravienen la Constitución sino “que propenden por regular la calidad y eficiencia de un servicio público de gran trascendencia social”,

Finalmente, respecto del artículo 161 del Decreto 960/70, la ciudadana solicita a la Corte que se declare inibida de su conocimiento por cuanto esa norma ha sido expresamente derogada por el artículo 46 del Decreto-ley 2163 de 1970.

4.3. Intervención del Consejo Superior de la Judicatura.

El ciudadano Gustavo Cuello Iriarte, Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, interviene en el proceso y solicita a la Corte que se inhiba de fallar sobre el artículo 164 del Decreto N° 960 de 1970, “dado que es una norma jurídica derogada que no está produciendo efectos jurídicos actualmente”.

El ciudadano comienza por describir la evolución del Consejo Superior de la Administración de Justicia, que fue creado por el decreto N° 1698 de 1964 como un órgano consultivo del gobierno en cuanto a la carrera judicial, pero cuya naturaleza fue variada por el decreto N° 250 de 197 que lo convirtió “en un ente decisorio y de ejecución, pues se le dio la función de administrar la carrera en la rama judicial”. El artículo 164 del Decreto N° 960 de 1970 acusado le adiciona entonces “la función de administrar la carrera notarial y sus concursos.” En tal contexto, el interviniente precisa que la Constitución de 1991 crea el Consejo Superior de la Judicatura, a quien corresponde administrar la carrera judicial, por lo cual se entiende que esta nueva entidad “sustituyó totalmente al Consejo Superior de la Administración de Justicia y, en ese sentido, las normas legales que crearon y regularon este organismo fueron derogadas directamente por la propia Constitución de 1991.”

Según su criterio, “el Consejo Superior de la Administración de Justicia era un organismo creado en función de sus atribuciones de administrar la carrera judicial, siendo aquellas asignadas sobre la administración de la carrera notarial meramente adjetivas y aún ajenas a su esencia”, por lo cual no se puede pretender que la nueva Carta derogó las actividades que desempeñaba esa entidad en relación con la carrera judicial pero mantuvo el órgano para efectos de la carrera notarial. En tal contexto, el interviniente considera que tampoco es admisible concluir, como lo hace la sentencia N° SU-250/98 de la Corte Constitucional, que el Consejo Superior de la Administración de Justicia no era un sólo organismo sino dos, distinguidos por las funciones que desempeñaba, ya que “el artículo 64 del Decreto N° 960 de 1970, al atribuir la función de administrar la carrera notarial y sus concursos, estableció que tal recaía sobre un organismo ya creado”. El ciudadano refuerza esos argumentos invocando la sentencia del 18 de diciembre de 1997 del Consejo de Estado, según la cual el Consejo Superior de la Administración de Justicia no tiene “vida jurídica desde la expedición de la Carta Política de 1991”.

Por todo ello el interviniente considera que esa disposición ha cesado de regir, por lo cual la Corte debe inhibirse de conocerla de fondo; sin embargo, agrega que en caso de que la Corporación considere que el artículo se encuentra vigente, es necesario que “se declare inexecutable por violar el artículo 256 constitucional”.

V- INTERVENCION CIUDADANA

En extenso escrito, el ciudadano Mario Fernández Herrera interviene en el proceso y defiende la constitucionalidad de las normas acusadas, para lo cual comienza por analizar la naturaleza de los notarios como “servidores públicos con carrera especial”.

El interviniente precisa que la norma constitucional sobre notariado se encuentra en el Título V de la Carta, que se refiere a “La Organización del Estado”, y específicamente en su capítulo II sobre “la Función Pública”, por lo cual, por un elemental criterio de interpretación “sedes materiae”, es menester concluir que los notarios son servidores públicos. Esto se ve confirmado, según su parecer, por un estudio de las otras disposiciones constitucionales que tratan sobre los servidores públicos, ya que éstas muestran que no existen razones constitucionales “para establecer una absoluta y polarizada diferencia entre servidores públicos y funcionarios públicos; mucho menos entre estos últimos y los empleados públicos” puesto que, conforme a la Carta, es servidor público aquél que ejerce “una función pública que le corresponde prestar al Estado, a través de una de las tres ramas del poder público o de sus órganos autónomos”. Por ende, agrega el ciudadano, el “servidor público” puede ser considerado un “funcionario público”, “si se lo mira desde el punto de vista de su función, de lo que él tiene que hacer y debe hacer, en síntesis, de su competencia” mientras que es un “empleado público” en la medida en que “entra a ejercer un cargo o empleo público con determinadas funciones públicas.” El interviniente concluye entonces:

“Funcionarios públicos son tanto los que prestan las funciones propias de las tres ramas del poder público y de los órganos autónomos e independientes del Estado, como los servidores públicos que sin tener remuneración contemplada en la respectiva planta como requisito par su provisión y sin tener emolumento previsto en el presupuesto, prestan un servicio público que en su contenido material es una función del Estado, esto es, una función pública, en cuyo caso entrarían a esta última categoría los particulares, en especial los notarios. Recálcense aquí el hecho de desempeñar los notarios LA FUNCION DE DAR FE PUBLICA que es una prerrogativa del Estado, delegada a una persona altamente cualificada, moral y socialmente, como guardiana de la juridicidad y de la verdad, a fin que los actos del público que pasan ante Ella, se conviertan en acto de fé pública con quilates probatorios especiales, para la fijeza y la seguridad jurídica, para la paz negocial y para la convivencia ajustada a normas particularizadas (los contratos, entre otros actos notariales) creadas por los comparecientes y los otorgantes frente al notario.”

Conforme a lo anterior, el ciudadano considera que “el notario es un servidor público, según palabras expresas del artículo 131 de la Carta y segundo, un funcionario público, porque desempeña una función que dimana del Estado (la función público o estatal de dar fe)”. Según su criterio, esa función de dar fe es un monopolio del Estado, pero éste escoge a una persona natural -el notario- para que la ejerza. El interviniente señala entonces que esas funciones públicas notariales, a pesar de ser regladas, son distintas de aquellas de los jueces, o de las administrativas de la rama ejecutiva, o de la función legislativa, por lo cual la función notarial “se sale de la categorización clásica, pero por este hecho no deja de ser función.”

Con todo, el ciudadano precisa que es posible que la anterior tesis no sea admitida por algunos intérpretes que consideran que “el notario colombiano no es un funcionario público en el sentido clásico”. Sin embargo, según su criterio, en tal caso es necesario concluir que el notario debe ser caracterizado como “un servidor público-privado”. Así, es servidor público,

porque “así lo dice en forma expresa el artículo 131 de la Carta”, pero es un particular que presta un servicio público, como lo muestra el hecho que el notario es el patrono de sus empleados, lo cual significa que “es un patrono particular” Pero en todo caso, precisa el ciudadano, su actividad sigue siendo una función pública, ya que se trata de dar fe de determinados hechos, lo cual es muy diverso del “servicio público como el que puede provenir de los transportadores o de las empresas de ingenieros que mantienen carreteras, previos contratos que consagran los peajes”.

Por todo lo anterior, el interviniente considera que los fundamentos de la demanda son errados, pues no sólo el notario ejerce una función pública sino que además su régimen es el propio de la carrera, por lo cual “la ley no puede excluir -y no los ha excluído- a los notarios de la Carrera, por haber sido la Constitución la que LOS INCLUYO EN EL ARTICULO 131, EN REGIMEN DE CONCURSO Y DE CARRERA ESPECIAL.” El ciudadano concluye entonces al respecto:

“Cierto es que la Constitución le trasladó competencia a la ley para que determinara qué funcionarios o servidores públicos no están obligados a presentar concurso y, por lo tanto, no están adscritos a los derechos de carrera, ascenso y remoción con causales taxativas. Pero no menos cierto es que le ley puede hacerlo, cuando la Constitución no haya creado a través de norma expresa el citado concurso para ingresar al servicio público. Y como sucede que en el caso del notariado, según lo expuesto ya repetitivamente, el ingreso de los notarios al servicio debe ser en propiedad y lo que es más importantes, debe ser ‘mediante concurso’, según mandato textual de la Carta, la tesis incongruente, ilógica y adjurídica que pretende colocar al Notariado en la posibilidad de que sea la ley ordinaria la que coloque al notario en su status de servidor público excluído del concurso y la carrera, cae por su base, en razón de que viola directamente la letra y el espíritu de la Constitución. Donde hay status de propiedad y concurso hay necesariamente carrera.”

Finalmente, el interviniente considera que la Constitución no eliminó “el Consejo Superior de la Administración de Justicia”. Así, según su criterio, es cierto que la Carta creó un ente especial para administrar la carrera judicial, a saber, el Consejo Superior de la Judicatura y con ello derogó las funciones ejercidas en este aspecto por el Consejo Superior de la Administración de Justicia. Sin embargo, la Constitución, al crear esta nueva institución, no se refirió al ente que administraba precedentemente los concursos y la carrera notarial, por lo cual es forzoso concluir que el artículo 164 del D-L 960 acusado se encuentra vigente y es exequible, “porque se está refiriendo a un ente totalmente diferente al que consagró la Constitución para la carrera judicial”. Concluye entonces el interviniente:

“El ‘Consejo Superior de Administración de Justicia para la Carrera Judicial’ creado antes de la Constitución de 1991, es el mismo entre que creó esta Constitución con el nombre ‘Consejo Superior de la Judicatura’ así el primero haya perdido su denominación (A es A por su esencia y no por la forma como se exprese o denomine). Y el ‘Consejo Superior de la Administración de Justicia’ para la carrera notarial y los concursos creado por el artículo 164 citado, ha sido y sigue siendo un ente -ontológica y funcionalmente hablando- diferente del que llevaba el mismo nombre con el agregado ‘para la Carrera Judicial’. Y este ente para la carrera notarial y los concursos sigue existiendo, hasta en su denominación, así no sea muy apropiada, porque la Constitución de 1991 no lo tocó y porque no ha habido ley que lo

derogue.”

El ciudadano Alvaro Rojas Charry también interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Según su criterio, antes de la sentencia SU-250/98 de la Corte Constitucional, las notarías habían sido manejadas políticamente por los gobiernos, pues se hacían nombramientos “con inocultables fines de pagar favores políticos y de paso atropellando a quienes no eran de su agrado mediante actos de persecución propios de los regímenes autoritarios”. Según su criterio, debido a las órdenes dadas por la Corte en esa sentencia, existe “una deliberada estrategia de torpedear su ejecución”, de la cual hace parte la presente demanda, ya que sus motivaciones “carecen de argumentación y sólo expresan ignorancia jurídica.” El ciudadano considera entonces que la demanda únicamente pretende poner obstáculos al cumplimiento de la citada sentencia de esta Corporación con el fin de mantener la politización del manejo gubernamental de las notarías, todo lo cual explica las contradicciones del libelo. En palabras del interviniente:

“Piden los accionantes que se desconozca la carrera notarial, como instrumento legal que genera una estabilidad al funcionario, llámese Notario; pero a su turno piden un estatus con el fin de convenir la interinidad en situación de permanencia y estabilidad, es decir, que la sentencia de la Corte no les gusta porque obliga a la práctica de concurso libres y abiertos pero suplican permanencia y estabilidad pensando en intereses muy particulares sobreponiéndolos al interés general.

Se equivocan los accionantes cuando atacan la estructura de una ley como es el estatuto notarial y desconocen el alcance y sentido de los concursos, tanto para el ingreso al servicio, como para el ingreso a la carrera o escalafón profesional. Olvidan que no solamente es la ley la que prevé los concursos para notarios, sino que tal normatividad hoy está elevada a la categoría de canon Constitucional pues ello es evidente con la sola lectura del artículo 131 de la Constitución Política.

No sobra comentar que el artículo 131 de la Constitución Política consagró los concursos como único mecanismo para acceder al cargo de NOTARIO EN PROPIEDAD, por lo que los accionantes tendrían que recurrir a proponer una reforma Constitucional utilizando cualquiera de los mecanismos ordinarios ó extraordinarios que prevé nuestra CARTA.

El Constituyente del 91, sabiamente sustrajo de la influencia politiquera y no quizá dejar en manos del gobernante de turno la carrera notarial, sino que la protegió y enalteció plasmando en texto constitucional los concursos tal como quedó consagrado en el artículo 131 de la CARTA FUNDAMENTAL.”

I. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación (E), Eduardo Montealegre Bynett, solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de las normas impugnadas. Según su criterio, el aparte acusado del artículo 1º de la Ley 29 de 1973 no vulnera la Carta por cuanto “ella no contiene la hipótesis mencionada por el demandante”, pues la expresión “en el ejercicio de sus funciones” no significa que la ley califique “como pública las funciones que

cumplen los notarios, como equívocadamente lo afirma el accionante”. Además, para la Vista Fiscal “la discusión sobre el carácter público o privado de la función notarial es intrascendente, debido a que el servicio que prestan los notarios es público”, tal y como lo ha señalado esta Corte en las sentencias C-601 de 1996, C-181 de 1997 y C-093 de 1998.

En ese orden de ideas, el Procurador considera que el artículo 145 del Decreto-ley 960 de 1970, que se refiere a la carrera notarial y a las formas de desempeñar el cargo, es constitucional pues “no se le está dando la condición de servidor público a los notarios, como erróneamente lo afirma el actor. Por el contrario, este precepto se encuentra en armonía con el inciso primero del artículo 131 del Ordenamiento Superior, según el cual compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios. Por tanto, el legislador goza de facultades para clasificar a los notarios y para precisar la modalidad bajo la cual pueden desempeñar sus funciones.” Esta regulación, agrega el Ministerio Público, armoniza además “con el inciso segundo del artículo 131 de la Ley Fundamental, al disponer que el nombramiento de los notarios en propiedad debe hacerse mediante concurso.” El Procurador considera entonces que el artículo 147 de ese mismo decreto, que consagra la estabilidad en el cargo de los notarios de carrera hasta la edad de retiro forzoso, “armoniza con los artículos 125 y 131 de la Constitución Política, ya que el constituyente en el inciso segundo del artículo 131 ibídem, expresamente consagró la carrera especial de notariado”. Por esa misma razón, agrega el Ministerio Público, es legítimo y no viola la igualdad que la norma acusada señale unas condiciones de estabilidad para los notarios de carrera y otra para los de servicio, “en razón a que éstos se encuentran en una situación de hecho distinta que justifica el trato diferente del legislador.”

Los anteriores argumentos justifican también, según la Vista Fiscal, la constitucionalidad del artículo 161 del mismo cuerpo normativo, ya que la Carta atribuye a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios, por lo cual bien podría esa norma prescribir que los notarios de primera categoría sean nombrados por el Gobierno y los demás por los Gobernadores respectivos. El Procurador advierte que ese nombramiento en propiedad de los notarios es en todo caso un “acto reglado en la medida que el Gobierno Nacional y los Gobernadores, según el caso, deben expedirlo luego de haber agotado el trámite propio del concurso.”

Finalmente, el Ministerio Público considera que el artículo 164 del Decreto-ley 960 de 1970 tampoco vulnera la Carta ya que, como lo señaló la sentencia SU-250/98 de la Corte, “la carrera notarial tiene carácter especial”, por lo cual “no está sometida a la comisión Nacional del Servicio Civil, responsable de la administración y vigilancia de la carrera de los servidores públicos, sino al Consejo Superior de la Administración de Justicia, órgano actualmente habilitado para actuar” en este campo.

VII- FUNDAMENTO JURÍDICO

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinales 4º y 5º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 1º (parcial) de la Ley 29 de 1973 y los artículos 145, 147, 161 (parcial) y 164 del decreto 960 de 1970, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de disposiciones que hacen parte de una ley o de un decreto

expedido en uso de facultades extraordinarias.

El primer asunto bajo revisión.

2- El actor considera que las normas acusadas establecen la carrera notarial y confieren así a los notarios la calidad de funcionarios públicos, mientras que la Carta les atribuye otra naturaleza jurídica, pues el artículo 131 superior establece que son particulares encargados de la prestación de un servicio público. Por ello el demandante concluye que esas disposiciones son inconstitucionales pues la ley no puede extender el régimen de carrera y las prerrogativas y deberes de los servidores públicos a los notarios, que son simples particulares encargados de prestar un servicio público. Uno de los intervinientes se opone a las pretensiones de la demanda, pues considera que, conforme a la regulación constitucional, los notarios son servidores públicos sui generis sometidos a un régimen de carrera especial, por lo cual las normas acusadas, lejos de vulnerar la Carta, son un desarrollo de los mandatos constitucionales. Finalmente, los otros intervinientes y la Vista Fiscal coinciden con el actor en que en el ordenamiento colombiano los notarios no son servidores públicos sino particulares; sin embargo, consideran que no por ello las disposiciones acusadas son contrarias a la Carta, por las siguientes dos razones: de un lado, no es cierto que éstas confieran a los notarios el status de servidor público o de funcionario público; y del otro, la propia Carta autoriza un régimen especial de carrera para los notarios, a pesar de que se trate de particulares, puesto que ordena que su nombramiento en propiedad derive de un concurso, lo cual es congruente con la naturaleza pública de las funciones desarrolladas por estas personas.

Conforme a lo anterior, el problema que debe resolver esta Corporación es si la ley puede establecer un régimen de carrera para los notarios, o si tal determinación desconoce la regulación constitucional del servicio notarial, tal como lo señala el actor. Ahora bien, como lo muestran los propios argumentos del demandante y de los distintos intervinientes, para responder este interrogante, la Corte debe comenzar por analizar la naturaleza jurídica de los servicios notariales dentro del ordenamiento colombiano.

El servicio notarial como función pública.

3- El servicio notarial implica, conforme lo señala una de las disposiciones acusadas, el ejercicio de la fe notarial, por cuanto el notario otorga autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y da plena fe de los hechos que él ha podido percibir en el ejercicio de sus atribuciones.

Esta finalidad básica del servicio notarial pone en evidencia que los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la "función fedante", la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general.

Esta función es en principio estatal, ya que el notario puede atribuir autenticidad a determinados documentos y dar fe de ciertos hechos con plenos efectos legales únicamente porque ha sido investido por el Estado de la autoridad para desarrollar esa función. Esto significa que una persona que no ha sido designada formalmente por las autoridades públicas como notario o escribano, según la terminología de otros ordenamientos, no puede dar oficialmente fe de unos hechos o conferir autenticidad a unos documentos, por más de que sea la persona más respetada de la comunidad. En efecto, las aseveraciones de un particular que no es notario tienen el valor de un testimonio, que es más o menos creíble, según el valor que las autoridades le otorguen, pero tales aseveraciones no confieren, con efectos legales, autenticidad al documento, por cuanto no desarrollan la función fedante que, dentro del llamado sistema latino, se desarrolla bajo la égida del Estado y por delegación de éste.

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales. Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evita numerosos litigios que podrían surgir en caso de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver. El documento notarial aparece así, para ciertos doctrinantes, como la “prueba antilitigiosa por excelencia”, por lo cual consideran que “el número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado”¹. En síntesis, en palabras de Carnelutti, “cuanto más notario, menos juez; cuanto más consejos del notario, cuanta más cultura del notario, cuanto más conciencia del notario, tanta menos posibilidades de litis”².

4- Conforme a lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, coinciden en afirmar que la función notarial, en los países que han acogido el llamado sistema latino, no constituye únicamente un servicio público sino que configura una función pública. Así, en el derecho comparado, la conferencia permanente de los notariados de la comunidad Europea, en sesión del 23 de marzo de 1991, caracterizó la actividad notarial como “una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva”³. En nuestro país, la doctrina⁴ y la jurisprudencia han calificado de manera uniforme el servicio notarial como el ejercicio de una función pública. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, mientras ejercía la guarda de la Constitución, no sólo señaló que la función fedante era pública sino que los notarios eran, por tal razón, funcionarios públicos. Así, en la sentencia en donde declaró la constitucionalidad del decreto 2163 de 1970, que estatizó el servicio notarial, durante el Gobierno del Presidente Pastrana, la Corte Suprema, luego de estudiar en detalle la evolución de la regulación jurídica de la actividad notarial en el país, concluyó al respecto:

“Sería innecesario continuar este recuento de la legislación nacional hasta llegar a nuestros días, para demostrar cómo la institución del notariado ha recibido carácter oficial. Y por lo

mismo, la afirmación de la demanda de que la “oficialización” del servicio hecho por algunos de los artículos del Decreto 2163 de 1970, es violatoria de la Constitución, constituye un error de apreciación pues le achaca a dichas disposiciones lo que tradicionalmente habían establecido otras y lo que antes exigía y hoy exige, como garantía de la fe pública, la legislación nacional. Pero, para finalizar y por cuanto ha sido este otro punto de confusión en el camino de precisar la calidad jurídica del Notario, no sobra decir que precisamente por esta calidad de funcionarios públicos que se le ha atribuido en razón de estar adscritos a un servicio de cargo de la Nación es por lo cual el Consejo de Estado, en diferentes sentencias, ha admitido que el servicio de notariado es oficial y que quienes lo sirven son funcionarios públicos de carácter nacional. Entre tales sentencias puede citarse las de fechas 11 de abril de 1958 (archivo del Consejo), 27 de junio de 1959 (archivo del Consejo, 23 de junio de 1960 (Anales, T. LXII, Nos. 387 a 391, pág. 640), 6 de mayo de 1961 (T. LXIII, Nos. 392 a 396, págs. 501 y ss.), y 12 de marzo de 1963 (T. LXVI, Nos. 401 y 402, pág. 174).5”

El Consejo de Estado y esta Corte Constitucional han reconocido también que la función notarial es, por su trascendencia y en la medida en que se desarrolla con fundamento en prerrogativas estatales, esencialmente pública. Así, según el Consejo de Estado, “la función que desarrollan los notarios es por esencia una función pública, como que son éstos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado.6” En el mismo sentido, esta Corte Constitucional ha señalado, en numerosas oportunidades, que la función notarial es pública, a tal punto que “los notarios en el cumplimiento de sus labores relacionadas con la fe pública les asiste el carácter de autoridades”, ya que en el ejercicio de esas atribuciones ocupan la posición de la autoridad estatal y gozan por consiguiente de las prerrogativas del poder público7.

6- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que el servicio notarial es no sólo un servicio público sino que también es desarrollo de una función pública, con lo cual la demanda pierde gran parte de sus fundamentos, pues los cargos del actor reposan en gran medida en la afirmación según la cual el notariado no es el desarrollo de una función pública, por tratarse de un servicio público. Por ende, la Corte encuentra que no tiene ningún sustento la acusación del demandante contra la expresión “en el ejercicio de sus funciones” del artículo 1º de la Ley 29 de 1973 puesto que, como se mostrado in extenso en esta sentencia, los notarios ejercen funciones públicas. Esa expresión será entonces declarada exequible en la parte resolutive de esta providencia.

La regulación constitucional de la función notarial y la libertad del Legislador para regular el servicio notarial.

7- El anterior examen es ya suficiente para desechar la mayor parte de los cargos del demandante pues, conforme a la Carta, el notariado implica el desarrollo permanente de una función pública. En efecto, independientemente del debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los notarios en el ordenamiento legal colombiano, es claro que constitucionalmente estas personas ejercen una función pública. Además, no es cierto que la Constitución ordene, como equivocadamente lo indica el actor, que este servicio debe ser prestado por particulares, por cuanto la ley puede radicar la función fedante en determinadas instituciones estatales y conferir por ende a los notarios la calidad de servidores públicos. Nada en la Carta se opone a esa posible regulación, puesto que la Constitución en manera

alguna ordena que los notarios deban ser particulares y que este servicio deba ser prestado obligatoriamente mediante una forma de descentralización por colaboración, puesto que es también posible que la ley regule de manera diversa el servicio notarial y establezca que los notarios y sus subalternos adquieran la calidad de servidores públicos. La Constitución confiere entonces una amplia libertad al Legislador para regular de diversas maneras el servicio notarial, puesto que el texto superior se limita a señalar que compete a la ley la reglamentación del servicio que prestan los notarios y registradores, así como la definición del régimen laboral para sus empleados (CP art. 131). Por consiguiente, bien puede la ley atribuir la prestación de esa función a particulares, siempre y cuando establezca los correspondientes controles disciplinarios y administrativos para garantizar el cumplimiento idóneo de la función; sin embargo, también puede el Legislador optar por otro régimen y atribuir la prestación de ese servicio a funcionarios públicos vinculados formalmente a determinadas entidades estatales.

8- Con todo, podría afirmarse que la anterior argumentación no es válida ya que el artículo 131 superior habla literalmente “del servicio público que prestan los notarios” y señala que corresponde a la ley definir “los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia”, todo lo cual daría a entender que la Carta define a los notarios como particulares, por lo cual la ley no puede conferirles la calidad de servidor público. Sin embargo esa objeción no es de recibo por cuanto ese mismo artículo se refiere también al servicio prestado por los “registradores”, que en el ordenamiento colombiano tienen claramente la calidad de servidores públicos, por lo cual bien puede la ley conferir esa misma naturaleza jurídica a los notarios. Y, de otro lado, la referencia a los aportes especiales de las notarías como tributación para la justicia no implica tampoco que las notarías sean obligatoriamente entidades privadas, ya que la Constitución simplemente está ordenando que un componente de los ingresos provenientes de los servicios notariales sea obligatoriamente destinado a la rama judicial. La Constitución está creando entonces una renta de destinación específica, lo cual es una medida razonable, en la medida en que la propia Carta prohíbe en general esas rentas en el artículo 359 superior, por lo cual debe entenderse que el artículo 131 es en este punto una excepción a la prohibición prevista por el artículo 359 de la Carta. Resulta pues a todas luces irrazonable deducir de esa previsión constitucional que los notarios son obligatoriamente particulares, pues en ninguna parte la Constitución prohíbe que la ley les confiera la calidad de servidores públicos.

9 - Esta posible regulación legal distinta de la función notarial y de la naturaleza jurídica de los notarios deriva no sólo del tenor literal del artículo 131 constitucional, que confiere una amplia libertad al Congreso para regular el servicio prestado por los notarios, sino también de un examen de los debates sobre el tema en la Asamblea Constituyente, en donde se presentaron proyectos orientados en tres sentidos diversos⁸. Así, algunas propuestas querían que la Constitución abandonara el modelo latino de servicio notarial, en virtud del cual la función fedante es prestada bajo la égida del Estado, a fin de que nuestro ordenamiento adoptara el sistema imperante en los países de tradición anglosajona, en los cuales cualquier abogado que goce de credibilidad puede cumplir la función de dar fe sobre determinados hechos o sobre la autenticidad de los documentos⁹. Otros proyectos tenían la orientación contraria, por cuanto proponían que la Constitución misma estatizara el servicio notarial y confiriera a los notarios directamente la calidad de servidores públicos¹⁰. Finalmente, otras propuestas defendían a grandes rasgos el mantenimiento del sistema mixto de la anterior

Carta, según el cual el notariado implica el ejercicio de una función pública pero ésta puede ser prestada por particulares¹¹.

Durante el desarrollo del debate, la Asamblea Constituyente rechazó la adopción del modelo anglosajón, por cuanto consideró no sólo que su introducción podía generar traumatismos innecesarios en el ordenamiento colombiano sino, además, que el sistema latino había tenido un desarrollo satisfactorio en el país¹². La Asamblea se opuso también a que la Carta directamente ordenara la estatización del servicio notarial, por cuanto consideró que el modelo existente había funcionado de manera adecuada, por lo cual era inconveniente que constitucionalmente se adoptara de manera rígida un sistema estatista. Por ello, en términos generales la Asamblea decidió mantener la regulación prevista por la anterior Constitución, aun cuando con algunos ajustes que se estudiarán posteriormente en esta sentencia. Sin embargo, esto no significa que la Asamblea haya ordenado que los notarios tienen que ser obligatoriamente particulares, puesto que no sólo el texto adoptado confiere amplia libertad al Legislador en la materia, sino además por cuanto los propios debates muestran que los constituyentes querían adoptar un marco flexible que pudiera ser desarrollado de distintas maneras por la ley. Así, los informes ponencias ante la Comisión y ante la Plenaria de la Asamblea son claros en señalar que el artículo constitucional aprobado es un mínimo normativo pero que corresponde a la ley regular el tema, puesto que expresamente señalan tales informes “que la permanencia de la actual norma constitucional es lo aconsejable con la recomendación de hacer los desarrollos legales pertinentes para optimizar la función”¹³. Igualmente, el debate en la Comisión correspondiente muestra que los Constituyentes tenían claridad en que el régimen constitucional que se pretendía adoptar permitía tanto la estatización del servicio notarial como que éste fuera prestado por particulares. Así, varios Constituyentes se opusieron a que la Carta estatizara el servicio notarial, pero en el entendido de que debía ser la ley y no la Constitución la que definiera este asunto. La razón para oponerse a la propuesta de estatización de algunos proyectos era entonces la rigidez que ésta introducía por cuanto implicaba, en los términos de uno de los delegatarios, “nacionalizar un servicio por medio de un acto positivo e inmodificable, pues, porque modificar la Constitución es cada día más difícil”. Por ello ese mismo constituyente proponía “dejar ese tema a la ley”, en el entendido de que la regulación constitucional que se iba a adoptar permitía prácticamente todo¹⁴. Acto seguido, otro constituyente confirmó lo anterior señalando que la regulación constitucional anterior, que precisamente se decidió mantener, había permitido la nacionalización del servicio notarial por parte del Gobierno Pastrana, a lo cual una delegataria señaló que por ello había que concluir que “es un artículo que le da a la ley toda la posibilidad de reglamentarlo”¹⁵. Finalmente, otro Constituyente sintetizó las intervenciones señalando que “con ese artículo que hay en la Constitución se puede hacer de todo, se pudo nacionalizar y se pudo desnacionalizar; se pueden hacer los concursos o no se pueden hacer”, por lo cual es necesario que exista una ley “que reglamente todas esas cosas”¹⁶.

La obligatoriedad de los concursos y el fundamento constitucional de la carrera notarial.

10- Conforme a lo anterior, no tiene ningún sustento el cargo del actor según el cual, las normas acusadas, al crear la carrera notarial, desconocen la naturaleza privada de los notarios ya que, como se vio, la Carta confirió a la ley la posibilidad de regular de manera diversa la prestación del servicio notarial, ya sea por particulares, ya sea directamente por el

Estado por intermedio de notarios que tengan la calidad de servidores públicos. Pero es más, la previsión legal de la carrera notarial, lejos de vulnerar la Constitución, es un desarrollo de la misma, y en especial de la finalidad que tuvo el Constituyente al incorporar a la Carta, el mandato según el cual “el nombramiento en propiedad de los notarios se hará mediante concurso. (CP art. 131)”. En efecto, la exigencia constitucional del concurso tiene la pretensión de mejorar el servicio notarial y garantizar la idoneidad de quienes accedieran a esa función, así como evitar ciertos manejos no muy claros en el nombramiento de los notarios, con lo cual también se quería proteger los derechos de los notarios y asegurar el respeto del principio de igualdad en el acceso a la función pública (CP art. 40). Esto es muy claro en el debate en la Comisión IV de la Asamblea Constituyente que trató el tema, pues en ella los delegatarios coincidieron en que se debía mantener la anterior regulación constitucional, pero que sin embargo era necesario establecer ciertos ajustes que habían obstaculizado el adecuado desarrollo de la función notarial. La novedad más importante fue entonces la constitucionalización de la obligación del concurso, a fin de hacer verdaderamente imperativa su realización para el nombramiento de notarios en propiedad, con lo cual, en el fondo, los delegatarios pretendían la constitucionalización de la carrera notarial. Así, la delegataria que propuso la incorporación en la Carta de este mandato señaló que si se pretendía conservar el esquema existente, de todas maneras era muy “importante que si a todo nivel de la función pública se está estableciendo por esta Constituyente, el sistema de carrera, sistema de selección que sea objetivo y con base en el mérito personal, pues que este sistema sea extendido a las notarías (subrayas no originales)”¹⁷. Luego, en la Plenaria del 5 de junio de 1991 de la Asamblea, esta tesis fue reiterada y ampliada por esta delegataria, en los siguientes términos:

“En la Comisión después de hacer varios análisis, decidimos que era conveniente recomendar a la Plenaria que se continuara con este sistema existente; sin embargo, anotábamos, que uno de los aspectos que hacen antipática la institución de las notarías es el criterio como de prebenda que encierra, porque pues, se considera que se nombra de notario por consideraciones de favor político u otro tipo de criterio que a veces, pues no resultan los más objetivos o por lo menos no permiten un criterio obligatorio con relación al acceso al notariado, por eso propusimos a la Comisión y personalmente en que ojalá la sesión Plenaria adopte el texto que traemos de la Comisión en cuanto al acceso al notariado debe ser siempre por concurso, por lo menos éste sería un aspecto que le dé ese carácter de considerarse una función pública a la cual debe tener acceso en forma igualitaria cualquier persona que reúna determinados requisitos y que mediante el concurso, pues sea la persona que merece el nombramiento (subrayas no originales)¹⁸.”

11- El concurso ordenado por la Carta para el nombramiento en propiedad de un notario es entonces muy diferente de las licitaciones previstas por la ley en materia de contratación administrativa, ya que los concursos notariales no existen con el fin de adjudicar un contrato a la mejor oferta económica sino que pretenden establecer quien es la persona más idónea, por sus calidades intelectuales, profesionales y morales, para desempeñar en propiedad la función de notario. Es pues un concurso similar al previsto por el artículo 125 de la Carta para el nombramiento de los funcionarios y su incorporación a la carrera administrativa, por cuanto en ambos casos se diseña un procedimiento para seleccionar, con base estrictamente en el mérito, quien es la persona mejor calificada para desarrollar una determinada función pública. Las finalidades son entonces las mismas pues en ambos casos la Carta ordena

establecer un procedimiento objetivo y transparente de selección, que permita escoger a la persona más apta para el ejercicio de la función pública, con el pleno respeto del principio de igualdad en el acceso a tales funciones. No es entonces posible asimilar el régimen de concurso previsto para la función pública, que es el caso de los notarios, con el concurso desarrollado para la contratación administrativa, por lo cual las aseveraciones del demandante carecen en este aspecto de cualquier fundamento constitucional.

12- La Constitución ha querido entonces la profesionalización de los notarios, y por tal razón los ha sometido al régimen de concurso para que sean nombrados en propiedad, por lo cual es claro que la propia Carta ha fundamentado la existencia de una carrera notarial para garantizar aún más la idoneidad de quienes desarrollan esa función pública. En efecto, si la Constitución ordena perentoriamente que los notarios en propiedad sean nombrados por concurso, la existencia de la carrera notarial es la consecuencia natural de ese mandato constitucional. El diseño de la carrera es entonces la forma legal de reglamentar el servicio prestado por los notarios (CP art. 131), por lo cual la carrera notarial, como carrera especial para la reglamentación de la función fedante, tiene pleno respaldo constitucional, tal y como esta Corte ya lo había señalado en anteriores decisiones, en donde señaló que, al ser la función notarial una labor eminentemente técnica, y al haber ordenado la Carta el nombramiento en propiedad de los notarios por concurso, entonces debe entenderse que la Constitución establece la carrera notarial como un sistema especial de carrera¹⁹.

Las distintas situaciones de los notarios.

13- Una vez mostrada la naturaleza pública de la función fedante y establecida la legitimidad constitucional de la carrera notarial, entra la Corte a examinar específicamente los cargos contra los artículos demandados del decreto 960 de 1970. Así, el artículo 145 señala que los notarios pueden desempeñar el cargo en propiedad, en interinidad o por encargo, norma que el actor cuestiona por dos razones: de un lado, por cuanto esa disposición presupone la carrera notarial, cuya existencia, según su parecer, es contraria a la Carta. Y, en segundo lugar, porque el demandante considera que la norma, al establecer distinciones entre los notarios, vulnera el principio de igualdad. Como es obvio, la primera acusación no tiene ningún sustento ya que, como se ha mostrado in extenso en esta sentencia, la carrera notarial es expresión de claros mandatos constitucionales. Por ende, la Corte se limitará a examinar si las distinciones establecidas por la disposición acusada se ajustan a la Carta, y en especial si son o no violatorias del principio de igualdad y de la regulación constitucional de la carrera notarial.

13- El decreto 960 de 1970 señala que el cargo de notario puede ser ejercido en propiedad, por encargo o en interinidad. Ese estatuto precisa el sentido de esos conceptos así: el nombramiento en encargo ocurre frente a la falta de un notario, que obliga a que se designe un encargado de las funciones mientras se provee el cargo en interinidad o en propiedad. Por su parte, los nombramientos en interinidad se realizan cuando el encargo se prolonga por más de tres meses, o cuando el concurso ha sido declarado desierto, pero únicamente mientras se efectúa el nombramiento en propiedad (art. 148). Finalmente, el inciso primero del artículo 146 de ese mismo estatuto notarial establece que el nombramiento en propiedad se hace para quienes son seleccionados mediante concurso y confiere a la persona el derecho a no ser removido del cargo sino en los casos y con las formalidades que determina

el propio estatuto.

Las diversas formas de nombramiento tienen entonces efectos distintos, en especial en términos de estabilidad, pues quien es nombrado en propiedad tiene una mayor posibilidad de permanencia que el interino, y éste último, a su vez, goza de mayores garantías que el encargado, tal y como lo señalan los artículos 146 y ss del estatuto notarial. Sin embargo, la Corte no encuentra que la existencia de esos tipos de designación viole igualdad u otras disposiciones de la Carta, por cuanto esas figuras tienen un fundamento objetivo y razonable, ya que persiguen satisfacer las necesidades del servicio notarial, y la diversidad de trato se basa en las distintas situaciones y razones que han dado lugar a la designación de una persona como notario. Así, es normal que la ley prevea que el servicio sea realizado primariamente por notarios en propiedad, quienes deben ser nombrados a partir de un concurso, tal y como lo ordena la propia Constitución (CP art. 131). Por ende es natural que los notarios en propiedad sean quienes gocen de mayor estabilidad; sin embargo, en determinadas ocasiones puede no ser posible designar en propiedad un notario, por cuanto, por ejemplo, el concurso ha sido declarado desierto, por lo cual es legítimo que para tales eventos la ley prevea nombramientos interinos para evitar una interrupción del servicio público notarial. Finalmente, puede ocurrir que también, por una enfermedad, una licencia, una renuncia intempestiva, la muerte, u otra eventualidad, exista una falta temporal o definitiva de un notario, por lo cual es razonable que para esos casos también la ley consagre una figura como la del notario por encargo, que precisamente es nombrado por un período de hasta por noventa días, a fin de asegurar la continuidad de la función notarial en esas situaciones excepcionales.

14- La Corte concluye entonces que en nada viola la Constitución que la ley distinga entre los notarios en propiedad y aquellos por encargo o interinos. Con todo, esta Corporación precisa que estas figuras son exequibles en el sentido de que son mecanismos razonables para asegurar la continuidad de la función notarial, pero que la Carta ha adoptado un modelo que privilegia la prestación de este servicio por notarios en propiedad, nombrados por concurso, y que por ende hacen parte de la carrera notarial. No otro es el sentido del mandato perentorio del artículo 131 superior sobre la necesidad del concurso para proveer en propiedad el cargo de notario, tal y como claramente lo explicó uno de los Constituyentes, cuando señaló al respecto:

“Ha habido una carrera notarial hace varios años pero obviamente como nosotros tendemos a crear normas y a establecer excepciones, pues también se ha dejado cierta discrecionalidad para que los gobiernos nombren notarios con el resultado de que la mayoría de los notarios no son por concurso; bueno, yo no paso a analizar qué hizo cada gobierno porque no me interesa, me parece que es interesante que los gobiernos no puedan disponer de los asuntos del Estado, de los cargos públicos como si fueran los dueños del Estado, ningún gobierno; yo creo que debemos hacer racional la posibilidad de tener acceso a la función pública y la única forma de hacerlo es por concurso, la única forma que la humanidad conoce de que la gente llegue a desempeñar funciones en forma objetiva que no sea por la dádiva del Presidente, la dádiva del Ministro, la intriga del político es por concurso; por eso les propongo la norma que decía hace un momento de que los notarios serán nombrados por

el Consejo Superior de la Judicatura mediante el sistema del concurso.

Si a ustedes les parece que no es el Consejo Superior de la Judicatura la entidad que sería más indicada para esta función, se puede dejar abierto pero que sí sean nombrados por concurso todos los notarios, sin excepciones; esa es la propuesta.²⁰”

Conforme a lo anterior, las figuras de la interinidad o del encargo son constitucionalmente legítimas; sin embargo, si esos mecanismos son utilizados, no para asegurar la continuidad del servicio notarial en circunstancias excepcionales, sino para desconocer el mandato constitucional relativo a la obligatoriedad de los concursos para el nombramiento de los notarios (CP art. 131), entonces estaríamos en una clara desviación de poder, que acarrearía la nulidad de la correspondiente actuación administrativa, por lo cual la Corte condicionará, en la parte resolutive de esta sentencia, el alcance de las figuras de los notarios interinos y por encargo.

Carrera notarial y principio de igualdad: implicaciones sobre el carácter abierto de los concursos para ingresar a la carrera.

15- El artículo 145 del decreto 960 de 1970 también distingue entre los notarios de servicio y los notarios de carrera. Conforme a la regulación legal, ambos ejercen el cargo en propiedad, por lo cual obligatoriamente deben ser nombrados por concurso. Sin embargo, los primeros no pertenecen a la carrera y son nombrados por un período determinado, que el estatuto establece en cinco años; por ende, su estabilidad sólo cubre el período para el cual fueron nombrados. Por su parte, los segundos no sólo han concursado para acceder al servicio y ser nombrados en propiedad sino que, además, han también concursado satisfactoriamente para ingresar a la carrera notarial; por, ello gozan de una mayor estabilidad pues, como lo señala el artículo 177, tienen derecho a permanecer en el cargo, siempre y cuando desarrollen satisfactoriamente sus funciones. Por consiguiente, la estabilidad en el cargo de los notarios de servicio y de carrera no es la misma ya que, como lo indica otra de las normas acusadas, ésta puede extenderse hasta el retiro forzoso, dentro de las condiciones de la carrera, para quienes pertenezcan a ella, mientras que para los notarios de servicio cubre únicamente el término del respectivo período. Esa diferencia de trato es cuestionada por el actor, quien considera que ésta infringe la igualdad pues consagra un privilegio para los notarios de carrera. Entra pues esta Corporación a examinar esa acusación.

16- En principio podría considerarse que la distinción entre notarios de carrera y de servicio es constitucional pues la Carta confiere una amplia libertad al Legislador para reglamentar el servicio prestado por los notarios, por lo cual bien podía la ley, tal y como lo hace el estatuto notarial, consagrar un sistema en virtud del cual quien quiera desarrollar la función notarial debe primero concursar para ingresar al servicio, y ejercer el cargo en propiedad como notario durante un período determinado, y sólo adquiere el derecho a la estabilidad permanente propio de la carrera si luego participa en otro concurso que está reservado a quienes ya son notarios. En apariencia este mecanismo no sería discriminatorio, ya que el concurso para ingresar al servicio es abierto a toda persona que reúna los requisitos de ley, y todo notario de servicio puede posteriormente participar en otro concurso para ingresar a la carrera y adquirir así una mayor estabilidad en el cargo, tal y como lo señala el artículo 176 del decreto 960 de 1970. Esto significa que para ingresar a la carrera el estatuto notarial

establece un proceso de selección en dos pasos: el simple particular debe primero participar en un concurso para acceder al servicio, y sólo posteriormente puede intentar ingresar a la carrera, lo cual permite a la autoridad encargada de administrar el concurso tomar en cuenta en el concurso para el ingreso a la carrera el desempeño que ya ha tenido la persona como notario de servicio, tal y como lo señala el artículo 163 del mismo decreto 960 de 1970, según el cual, en los concursos para ingresar a la carrera se deberá tomar en cuenta el rendimiento y la capacidad demostrada en el servicio notarial. Este mecanismo podría ser entonces considerado como una forma admisible para buscar que ingresen a la carrera quienes ya han mostrado un buen desempeño como notarios de servicio.

17- A pesar de lo anterior, la Corte considera que esa regulación afecta la carrera notarial, la cual, como ya se vio, es establecida por la propia Carta al ordenar que los cargos en propiedad de notarios sean provistos por concurso (CP art. 131). En efecto, en reiteradas oportunidades esta Corporación²¹ ha manifestado que la carrera para el ejercicio de funciones públicas se fundamenta en tres principios interrelacionados: de un lado, la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la función, por lo cual la administración debe seleccionar a la persona exclusivamente por su mérito y capacidad profesional (CP art. 125). De otro lado, la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (CP arts 13 y 40). Finalmente, la protección de los derechos subjetivos de quien pertenece a la carrera (CP arts 53 y 125), tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, pues las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado. Ahora bien, es claro que la regulación impugnada afecta estos principios.

De un lado, la norma vulnera el principio de igualdad en el acceso a la función pública, puesto que sólo quienes ya son notarios pueden ingresar a la carrera notarial, cuando la Carta establece, conforme lo ha señalado con claridad esta Corporación, que los concursos para incorporarse a la carrera tiene que ser abiertos. Ha dicho al respecto la Corte:

“El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado.

De otro lado, el notario de servicio, incluso si ha desempeñado satisfactoriamente sus funciones, pierde su estabilidad al término del período, salvo si gana el concurso para la carrera o gana un nuevo concurso para ser notario de servicio por otro término. En efecto, el estatuto notarial establece que la estabilidad en el cargo para los notarios de servicio se extiende únicamente hasta el término del respectivo período; por ende, a partir de tal momento, estos notarios carecen de estabilidad. Es cierto que el propio estatuto señala en su artículo 181 que los notarios pueden ser reelegidos indefinidamente, por lo cual un notario de servicio puede ser reelegido en su cargo al expirar el período; sin embargo, en la medida en

que la Constitución ordena que todo notario en propiedad sea designado por concurso (CP art. 131), es lógico entender que esa reelección presupone un nuevo concurso. En tal contexto, la regulación impugnada desconoce la estabilidad propia de los sistemas de carrera. Según tal principio, si la persona cumple adecuadamente con los deberes de su cargo, tiene derecho a permanecer en la función, mientras que la norma acusada obliga al notario de servicio a volver a concursar para el mismo cargo cada vez que termina el período, con lo cual la regulación afecta el sentido mismo de la carrera notarial y desconoce los derechos subjetivos, y en especial el derecho a la estabilidad, de quien ha ingresado al servicio notarial por medio de un concurso.

18-Con todo, se podría argumentar que la anterior argumentación no es de recibo, y que la diferenciación entre notarios de servicio y de carrera es válida, en la medida en que opera como un especie de filtro, por medio del cual el estatuto notarial busca evitar que quien aún no ha ejercido la función notarial, adquiera el derecho a la estabilidad propia de la carrera, gracias únicamente al éxito en un concurso. Según esta objeción, resulta razonable que ingrese a la carrera y adquiera el derecho a la estabilidad únicamente aquél que en la práctica ya ha demostrado ser un buen notario, mientras que es riesgoso para la propia eficiencia notarial conferir esta estabilidad a una persona únicamente porque ha tenido éxito en un concurso de méritos.

A pesar de su aparente fuerza, la Corte no comparte esa objeción, por cuanto desconoce el significado mismo de los concursos de mérito y el alcance del derecho a la estabilidad propio de la carrera.

18.1- En primer término, esta argumentación supone que los concursos de mérito son procesos aleatorios o caprichosos, que no permiten seleccionar objetivamente a personas idóneas para el ejercicio de la función pública. Sin embargo eso no es así ya que, conforme lo ha señalado esta Corporación, un proceso de selección sólo puede ser verdaderamente calificado como un concurso de méritos si reúne unas condiciones mínimas que aseguren la objetividad del proceso de escogencia. Esta Corte señaló al respecto, con criterios que se reiteran en la presente oportunidad:

“Los requisitos que se exijan para concursar pueden estar constituidos por títulos académicos, certificados de estudio, experiencia profesional o docente, trabajos, antecedentes, publicaciones, etc. A su turno, las pruebas que lo integren pueden consistir en evaluaciones orales o escritas de las aptitudes o capacidades de los participantes, como exámenes, entrevistas, confrontaciones, exposiciones orales y públicas, simulacros, etc. No obstante, la finalidad de los requisitos y pruebas debe orientarse a descubrir la formación académica o técnica para desempeñar la función respectiva, con el fin de evaluar las destrezas y la capacidad crítica y constructiva de los aspirantes, en los cargos que así lo requieran. Cada una de las exigencias debe responder a una necesidad específica en atención al cargo que se busca proveer y las puntuaciones y ponderaciones que se prevén deben basarse en criterios objetivos, públicos y confrontables, y responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así, por ejemplo, sería absolutamente desproporcionado que dentro del concurso para proveer un cargo de naturaleza eminentemente técnica, se otorgue a la entrevista personal un puntaje superior al que se confiere al examen de conocimientos y aptitudes para desempeñar la respectiva función. En este caso, se estarían

extraviando los principios que orientan el sistema de carrera para dar origen a un nombramiento de libre designación.

(...)

En suma, una verdadera carrera - administrativa o judicial - y un auténtico concurso de méritos, deben articularse en torno a los valores, principios y derechos que inspiran el estatuto constitucional de la función pública. En este sentido, puede afirmarse que todo concurso debe someterse, cuando menos, a las siguientes directrices: (1) la convocación debe ser pública y ampliamente difundida; (2) las reglas del concurso - denominación de los cargos a proveer, requisitos para participar, pruebas o evaluaciones, términos y lugares de realización y entrega de requisitos, documentos exigidos, criterios de ponderación, puntajes etc.- deben ser claras y expresas y la administración deberá someterse a ellas estrictamente (Cfr. T-256/95 (MP. Antonio Barrera Carbonell).); (3) las condiciones generales exigidas para participar deben ser proporcionadas - necesarias, útiles y estrictamente proporcionales - a la finalidad perseguida por el concurso; (4) las pruebas a las que han de someterse los competidores deben ser, además de razonables y proporcionadas, congruentes con la misma finalidad; (5) los factores de evaluación deben responder fundamentalmente de manera prioritaria a criterios técnicos, objetivos y públicos, que puedan ser controlados y que desplacen la posibilidad de imponer discriminaciones o privilegios para que todos los aspirantes puedan, realmente, competir en igualdad de condiciones; (6) debe existir una estricta relación de proporcionalidad en la ponderación de los distintos factores a evaluar, de manera tal que prevalezcan los criterios objetivos, a fin de que no ocurra, por ejemplo, que tenga un mayor valor ponderado la prueba que evalúe la condición objetivamente menos necesaria para el ejercicio del cargo.²³

Por consiguiente, la Constitución, al establecer que el nombramiento de los notarios en propiedad se debe hacer mediante concurso (CP art. 131), es obvio que está ordenando que se realice un proceso de selección objetivo que reúna mínimamente los requisitos anteriormente mencionados. En tal contexto, es natural que se confiera el derecho a la estabilidad a quien obtenga el mejor puntaje en un verdadero concurso de méritos, pues la persona, en un proceso abierto, riguroso y objetivo, ha demostrado ser el más idóneo para el ejercicio de la función.

18.2- De otro lado, el derecho a la estabilidad de quien ha ganado el concurso no es siempre inmediato ni automático. En efecto, los sistemas de carrera no desconocen que el mecanismo del concurso no asegura per se que quien ha sido seleccionado sea siempre un funcionario ejemplar una vez se incorpore al servicio. Así, es posible que, debido a determinadas fallas en el propio diseño del concurso, un aspirante obtenga el máximo puntaje pero definitivamente no sea apto para la función, por lo cual casi todas las regulaciones de carrera prevén un período de prueba dentro del cual la persona escogida es objeto de calificación, la cual debe ser satisfactoria para que la persona adquiera la estabilidad. Estos períodos de prueba son razonables y admisibles en un sistema de carrera. Sin embargo, la regulación acusada es diversa ya que no exige únicamente un rendimiento satisfactorio sino que ordena que, una vez transcurrido el período, el notario de servicio

vuelva a concursar para el cargo. Esto vulnera el derecho a la estabilidad propio de la carrera pues una persona puede haber obtenido el mejor resultado en el concurso y haberse desempeñado satisfactoriamente como notario, pero sin embargo el estatuto notarial ordena que, una vez transcurrido un período, y sin que exista ninguna razón constitucional que lo justifique, pierda su estabilidad. Por ende, si bien la ley puede prever un período de prueba para los notarios, la distinción consagrada entre notario de servicio y notario de carrera resulta contraria a la estabilidad propia de la carrera.

18.3- Finalmente, como es obvio, el derecho a la estabilidad no es absoluto. Así, la persona debe mostrar un rendimiento satisfactorio y respetar el régimen disciplinario para continuar en el ejercicio de la función, pues la propia Carta precisa que, entre otras causales admisibles, la calificación no satisfactoria implica el retiro de la persona de la función pública (CP art. 125).

Decisiones a tomar.

19- Por todo lo anterior, la Corte concluye que la diferenciación entre notarios de servicio y notarios de carrera es inconstitucional, pues la Carta establece que sólo pueden ejercer en propiedad el cargo personas que hayan ingresado a la carrera notarial, gracias al concurso de méritos respectivo, el cual, como ya se señaló, debe ser no sólo abierto sino cumplir los requisitos de objetividad anteriormente mencionados. Esta Corporación procederá entonces a retirar del ordenamiento aquellos apartes de las normas acusadas que consagran o presuponen la existencia de notarios de servicio, y que por ende limitan el carácter obligatoriamente abierto de los concursos para acceder a la carrera notarial. Así, el artículo 145 del estatuto notarial señala que “los notarios pueden ser de carrera o de servicio, y desempeñar el cargo en propiedad, en interinidad o por encargo.” La Corte declarará entonces la inexequibilidad de la expresión “ser de carrera o de servicio, y” y, por las razones señaladas en el fundamento 14 de esta sentencia, condicionará la constitucionalidad del resto del artículo.

Por su parte, el artículo 147 de ese mismo decreto precisa que “la estabilidad en el cargo ejercido en propiedad podrá extenderse hasta el retiro forzoso, dentro de las condiciones de la carrera, para quienes pertenezcan a ella, y al término del respectivo período, para quienes sean de servicio”. Conforme a lo anterior, la Corte retirará del ordenamiento la expresión “, y al término del respectivo período, para quienes sean de servicio”, y declarará la constitucionalidad del resto del artículo.

20- Finalmente, el inciso primero del artículo 161 del mismo decreto, tal y como fue subrogado por el artículo 5º del decreto 2163 de 1970, establece que los notarios son nombrados para períodos de cinco (5) años, por el gobierno nacional, si se trata de notarios de primera categoría, y los demás por los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos. Este mandato es una competencia propia del Legislador, ya que a éste corresponde reglamentar el servicio prestado por los notarios, por lo cual es natural que establezca quien es la autoridad nominadora. Sin embargo, conforme al análisis efectuado en los fundamentos anteriores de esta sentencia, algunos apartes de esta disposición plantean problemas constitucionales.

En primer término, es claro que la referencia a los intendentes y a los comisarios se ve

afectada por una inconstitucionalidad sobreviniente, por cuanto la Carta de 1991 suprimió las antiguas intendencias y comisarías, las cuales fueron transformadas en departamentos, conforme lo ordena el artículo 309 superior. Además, al regular el ordenamiento territorial, la Carta no prevé la existencia de intendencias o comisarías como entidades territoriales. Por tal razón, la Corte procederá a retirar del ordenamiento la expresión “, intendentes y comisarios”.

En segundo lugar, y como bien lo señala uno de los intervinientes, se entiende que la facultad del Gobierno nacional y de los gobernadores respectivos no es discrecional, por cuanto los notarios no son sus agentes sino personas que ejercen una función pública eminentemente técnica. Los notarios no son entonces, tal y como ya lo precisó esta Corte en anterior decisión, funcionarios de libre nombramiento y remoción²⁴, por lo cual no sólo no pueden ser removidos discrecionalmente por el nominador sino que, además, en el caso de los notarios en propiedad, la facultad del Gobierno Nacional y de los gobernadores se limita a nombrar a la persona que haya obtenido el mejor puntaje en el concurso respectivo. En efecto, esta Corporación tiene bien establecido que “frente al concurso, la administración, carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que considere sin embargo más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa de que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso.²⁵”

Finalmente, es claro que la referencia al período de cinco años no debe ser interpretada de manera aislada sino en forma sistemática, tomando en consideración no sólo el conjunto del decreto 960 de 1970 y de la Ley 29 de 1973 sino también las disposiciones constitucionales, y en especial el mandato constitucional según el cual el nombramiento en propiedad de los notarios sólo puede hacerse mediante concurso. Por consiguiente, es natural concluir que el período allí señalado hace referencia a los nombramientos en propiedad, puesto que los notarios en encargo son elegidos únicamente para un máximo de noventa días, mientras que los notarios interinos son designados exclusivamente en aquellos casos en donde resulta imposible efectuar un nombramiento en propiedad, y mientras se realiza el correspondiente concurso. Por ende, es contrario a la Carta predicar un período para esos notarios interinos, lo cual no significa, sin embargo, que puedan ser removidos libremente por el Presidente o por los gobernadores. La Corte ya había precisado este tema, con criterios que se reiteran en la presente ocasión. Dijo entonces esta Corporación:

“En cuanto a los Notarios que eran interinos antes de la vigencia de la Constitución de 1991, ellos tenían una situación precaria porque podían ser desplazados por los nombrados en propiedad. Hoy aquellos Notarios interinos mantienen tal precariedad en cuanto el período de permanencia que fijaban decretos anteriores a la actual Constitución, era un término de 5 años que sólo se aplicó para los interinos que venían desde antes de la Constitución de 1991, porque expedida ésta, ya no puede decirse que hay interinos con término fijo; esta afirmación se hace desde la perspectiva constitucional que es la que se maneja en la acción de tutela. Pero, eso no quiere decir que hayan quedado en una situación de absoluta inestabilidad sino que aunque pueden ser removidos, su remoción está condicionada a que el acto administrativo de desvinculación responda a los principios constitucionales de imparcialidad, eficiencia y publicidad, porque sólo así se sabe si hubo o no incumplimiento de los deberes por parte del notario, incumplimiento que justificaría el retiro.

Por ello, respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane.²⁶”

Así las cosas, es claro que el mandato sobre el período de cinco años se fundamenta en la distinción entre notarios de carrera y de servicio, como bien lo precisan los artículos 147 y 181 del decreto 960 de 1970. Así, conforme a esas disposiciones, quien ya había ingresado a la carrera, luego de surtir los correspondientes concursos, tiene el derecho a la estabilidad, dentro de las condiciones propias de la carrera que señala la ley, por lo cual, en caso de que demuestre una prestación idónea del servicio, es natural que sea confirmado a la expiración de los períodos y que su estabilidad en el cargo pueda extenderse hasta la edad de retiro forzoso. En cambio, el notario de servicio es elegido en propiedad únicamente por un lapso de cinco años, por lo cual era deber de la autoridad encargada del manejo de la carrera notarial y del concurso, convocar a una nueva oposición de mérito, cuando llega a su término el correspondiente término de cinco años, ya que en este caso, el propio estatuto notarial era claro en señalar que la estabilidad se extendía sólo hasta el término del respectivo período.

Esto significa que la expresión “para períodos de cinco años” únicamente tiene sentido en relación a la diferencia que establece el estatuto notarial entre notarios de servicio y de carrera; por ende, como la Corte ha encontrado que esa diferenciación desconoce la Carta, es obvio que se deba también retirar del ordenamiento la mencionado expresión.

Conforme a lo anterior, la Corte declarará exequible el inciso primero del artículo 161 del decreto 960 de 1970, tal y como fue subrogado por el artículo 5º del decreto 2163 de 1970, con excepción de las expresiones “, intendentes y comisarios” y “para períodos de cinco años”, las cuales serán retiradas del ordenamiento.

El segundo asunto bajo revisión.

21- El artículo 164 del decreto 960 de 1970 establece que la carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia y determina la composición de esa entidad para ejercer tal función. El demandante y algunos de los intervinientes consideran entonces que esa disposición fue derogada por normas posteriores, en especial por la propia Constitución, que creó el Consejo Superior de la Judicatura, pero que en todo caso la Corte debe declarar su inconstitucionalidad por desconocer las competencias propias de esa nueva institución y por conferir a los notarios la naturaleza de servidores públicos. Por el contrario, para otros intervinientes no sólo la disposición acusada se encuentra en vigor sino que, además, armoniza con los mandatos constitucionales, ya que es natural que exista una institución especial para manejar los concursos y la carrera notarial, por lo cual la Corte debe declarar su exequibilidad.

Conforme a lo anterior, la Corte comenzará por determinar si la disposición acusada se

encuentra o no vigente y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, entrará a estudiar si la existencia del Consejo Superior de la Administración de Justicia para la administración de los concursos y de la carrera notarial vulnera o no la Constitución.

La obligatoriedad del concurso para proveer cargos notariales en propiedad y la subsistencia y legitimidad del Consejo Superior de la Administración para efectos de la carrera notarial

22- En la sentencia SU-250 de 1998, esta Corte analizó in extenso las razones por las cuáles debe entenderse que el artículo 164 del decreto 960 de 1970 se encuentra vigente. En la presente ocasión, la Corte recuerda y reitera esos criterios, con el fin de examinar las impugnaciones del demandante y de otros intervinientes contra la vigencia y la constitucionalidad de esa disposición.

23- El Consejo Superior de la Administración de Justicia fue creado, como un órgano consultivo del Gobierno nacional, por el decreto 1698 de 1964, que organizó la carrera judicial. Ese cuerpo normativo estableció que esa entidad estaría integrada por los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, por el Procurador General de la Nación, por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, por el decano de una universidad privada escogido por la Asociación Colombiana de Universidades, y por dos abogados designados por el Presidente de la República. Posteriormente, el Decreto 250 de 1970 atribuyó a este consejo la administración de la carrera judicial. Por ende, en su origen, esta entidad se encontraba ligada esencialmente a la carrera judicial.

Sin embargo, la norma acusada, y en general el decreto 960 de 1970 o estatuto notarial, atribuyeron al Consejo Superior de la Administración de Justicia también la administración de la carrera y notarial y de los concursos en este campo, y para tal efecto variaron su composición. En efecto, la norma dice claramente que el Consejo estará integrado “entonces, por el Ministro de Justicia, los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario, el Procurador General de la Nación y dos notarios, uno de ellos de primera categoría, con sus respectivos suplentes personales, elegidos para períodos de dos años por los notarios del país, en la forma que determine el reglamento”

Posteriormente, el decreto 52 de 1987, relativo a la carrera judicial, modificó la composición del Consejo Superior de la Administración de Justicia para la función judicial, el cual, para efectos de la carrera judicial, quedó integrado de la siguiente forma: el Ministro de Justicia o su delegado, delegados de la Corte Suprema, Consejo de Estado y Tribunal Disciplinario, el Procurador General de la Nación o su delegado, un representante de los funcionarios de la rama jurisdiccional y un representante de los empleados judiciales. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 25 de junio de 1987, declaró inexecutable en parte el artículo 9º en cuanto incluyó al Ministro de Justicia y al Procurador General de la Nación dentro de la integración del mencionado consejo, por cuanto de esa manera se desconocía la autonomía judicial. Esto muestra que incluso durante la vigencia de la anterior Constitución era claro que en la práctica, bajo el nombre del Consejo Superior de la Administración de Justicia, operaba en realidad una institución con dos funciones de naturaleza distinta: una encargada de administrar la carrera judicial y otra de administrar los concursos y la carrera notarial. En virtud de las funciones diferentes, la integración de esa entidad era también de naturaleza

parcialmente distinta, pero se conserva como una sola institución. Esto es tan evidente que la decisión de la Corte Suprema de Justicia, que declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 9º del decreto 52 de 1987, en nada afectó la integración del consejo que administraba el concurso y la carrera de los notarios, puesto que la razón para esa inconstitucionalidad parcial fue la de que ni el Ministro de Justicia ni el Procurador debían intervenir en la designación de funcionarios judiciales.

24- El anterior análisis lleva a la Corte a reiterar que el artículo 164 del decreto 960 de 1970 se encuentra vigente, pues no ha sido derogado expresa ni tácitamente por normas preconstituyentes, y la Constitución tampoco suprimió expresamente esa norma, ya que ordenó el nombramiento de los notarios en propiedad mediante concurso pero no le atribuyó a ningún organismo constitucional la administración de la carrera notarial, por lo cual se entiende que esa función sigue siendo ejercida por el organismo legal existente para tal efecto. Es obvio entonces que la función del Consejo Superior de la Administración de Justicia que administraba la carrera judicial fue asumida por el actual Consejo Superior de la Judicatura, por lo cual las normas que lo regulaban fueron derogadas por la Constitución en esa materia. Por ello el Consejo Superior de la Administración de Justicia, continuó siendo un organismo vigente, sin las funciones atribuidas al Consejo Superior de la Judicatura, pero con la función de administrar la carrera notarial y los concursos de notarios, por cuanto tales funciones no fueron asignadas ni expresa ni tácitamente a ningún otro organismo, ni por la ley o la Constitución.

1. Con todo, podría objetarse, como lo hace uno de los intervinientes, que la anterior interpretación no es válida, pues la creación del Consejo Superior de la Judicatura por la Constitución implicó la eliminación integral del antiguo Consejo Superior de la Administración de Justicia, sin que se pueda pretender que la Carta derogó las actividades que desempeñaba esa entidad en relación con la carrera judicial pero mantuvo el órgano para efectos de la carrera notarial. De esa manera, según esta hermenéutica, la Constitución creó un vacío jurídico que debe ser suplido por el Legislador, y mientras ello no ocurra, no existe ninguna entidad que tenga la capacidad de efectuar los concursos notariales ordenados por la Constitución. Esta tesis ha sido además aceptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, ya que ese tribunal, al analizar una acción de cumplimiento relativa a la realización de los concursos notariales, señaló que en la actualidad era imposible aplicar el artículo

131 de la Carta, que ordena la provisión de los notarios en propiedad, por cuanto es “físicamente imposible cumplir disposiciones que el legislador no ha puesto en marcha amén de no tener el Consejo Superior de la Administración de Justicia vida jurídica desde la expedición de la Carta Política de 1991.27”

26- La Corte no comparte la anterior objeción por cuanto ésta parte de un supuesto muy discutible, a saber, que la Asamblea Constituyente decidió derogar el Consejo Superior de la Administración de Justicia, regulado por el artículo 164 del decreto 960 de 1970, y encargado de la realización de los concursos notariales. Ahora bien, no sólo ninguna disposición constitucional, permanente o transitoria, derogó de manera expresa ese artículo u ordenó

suprimir esa institución, sino que, además, la propia Carta fue explícita en señalar que su entrada en vigor no afectaba la legislación preconstituyente sino en aquellos puntos que fueran incompatibles con el nuevo ordenamiento constitucional. Es por ello que el artículo 380 superior se limitó a derogar “la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas”. Este efecto derogatorio limitado a las normas constitucionales no fue una inadvertencia de los constituyentes sino que tuvo la intención explícita de evitar vacíos de regulación que obstaculizaran el tránsito constitucional, tal y como se desprende de los debates constituyentes, y tal y como esta Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas oportunidades. Ha dicho al respecto esta Corporación:

“Como ya lo ha expresado esta Corte en varias ocasiones, la expedición de la Constitución Política de 1991 no implicó la derogatoria en bloque o por vía general de todas las normas integrantes del orden jurídico colombiano. Los cambios se produjeron en el nivel constitucional pero no necesariamente en el de las leyes ni en el campo de otras disposiciones del orden nacional, departamental, distrital o municipal.

En este orden de ideas, conservan su vigencia todas las leyes y decretos con fuerza de ley que se habían expedido antes de la Carta y que no sean incompatibles con ella, pues, de ocurrir lo contrario, en virtud del artículo 4º eiusdem deberán inaplicarse las normas opuestas, en guarda de la supremacía de la Constitución (subrayas no originales).”²⁸

Por consiguiente, si la Carta no derogó expresamente el artículo 164 del decreto 960 de 1970, la única razón para sostener que esa norma no se encuentra vigente es su incompatibilidad material con la Constitución, con lo cual la cuestión de la vigencia de esa disposición se encuentra indisolublemente ligada con aquella de su exequibilidad. Por consiguiente, entra la Corte a examinar si la norma acusada vulnera o no algún precepto constitucional.

27- Según uno de los intervinientes, la disposición acusada desconoce las competencias propias del Consejo Superior de la Judicatura, por lo cual debe entenderse que esa norma fue derogada tácitamente por la Carta de 1991.

El argumento en principio parece tener algún sustento ya que efectivamente la Asamblea Constituyente creó el Consejo Superior de la Judicatura para que asumiera la administración de la carrera judicial así como el control disciplinario sobre jueces y abogados, por lo cual se entiende que la Carta de 1991 eliminó el antiguo Tribunal Disciplinario así como todas las competencias del Consejo Superior de la Administración de Justicia relativas a la carrera judicial. Ahora bien, como esas funciones eran el núcleo de la actividad de esa entidad, entonces debería entenderse que la Carta eliminó integralmente el Consejo Superior de la Administración de Justicia y derogó todas las disposiciones que regulaban esa institución, tal y como lo sostiene el interviniente.

28- A pesar de su aparente fuerza, esa interpretación no es de recibo por cuanto deja de lado elementos centrales del análisis, parte de presupuestos que son incorrectos, y conduce finalmente a resultados paradójicos. Así, en primer término, esa argumentación olvida que, durante el régimen preconstituyente, y como ya se vio en esta sentencia, el Consejo Superior de la Administración de Justicia tenía dos composiciones y ejercía funciones distintas: una a nivel judicial y otra en el campo notarial. Sin embargo, es razonable concluir que la

Constitución trasladó las funciones asignadas al Consejo Superior de la Administración de Justicia en material judicial, al nuevo órgano administrador de la carrera judicial, es decir, al Consejo Superior de la Judicatura y no afectó la existencia y estructura del Consejo Superior de la Administración de Justicia en su función de administrador de la carrera notarial. En efecto, dentro de las funciones preconstitucionales del Consejo Superior de la Administración de Justicia no existían unas de mayor o menor rango ya que todas tenían el mismo origen: la ley. Por lo tanto, no puede predicarse la existencia de una función núcleo. Así, al eliminarse una función no se suprimía el órgano por cuanto éste mantenía la otra función.

Conforme a lo anterior, las tesis que sostienen que la norma acusada se encuentra derogada se basan en un supuesto no explícito, y es el siguiente: la Asamblea Constituyente atribuyó también al Consejo Superior de la Judicatura la administración de los concursos y de la carrera notarial. En efecto, si eso fuera cierto, es indudable que la Constitución habría derogado tácitamente la disposición impugnada, ya que habría una evidente incompatibilidad entre el mandato constitucional, que habría conferido el manejo de los concursos notariales al Consejo Superior de la Judicatura, y el contenido de la norma legal, que señala que esa competencia es del Consejo Superior de la Administración de Justicia. Sin embargo, lo cierto es que la Carta no radicó en el Consejo de la Judicatura esa competencia. Así, los artículos 256 y 257 de la Constitución, que señalan las funciones propias de esa entidad, se refieren exclusivamente a la rama judicial y no mencionan la administración de los concursos o de la carrera notarial. Pero es más, un estudio del debate constituyente muestra que explícitamente la Asamblea Constituyente evitó atribuir al Consejo Superior de la Judicatura la realización de los concursos notariales. Así, cuando los delegatarios decidieron elevar a norma constitucional la obligatoriedad del concurso para proveer el cargo de notario en propiedad, algunos constituyentes consideraron que esa función podría ser atribuida al Consejo Superior de la Judicatura; sin embargo, otros delegatarios se opusieron a que se le atribuyera esa nueva competencia a nivel constitucional, por cuanto se podría recargar operativamente a la nueva entidad, lo cual era riesgoso. Esta última tesis triunfó, por lo cual se decidió dejar abierto el tema, para que fuera desarrollado por la ley²⁹. Es entonces claro que la Carta no atribuyó expresamente al Consejo Superior de la Judicatura la realización de los concursos notariales ni la administración de esa carrera especial, por lo cual no existe ninguna razón para suponer que la Asamblea Constituyente quería derogar las disposiciones que regulaban la composición y las funciones específicas del Consejo Superior de la Administración de Justicia encargado de la carrera notarial.

29- Por último, la tesis del interviniente conduce a resultados contradictorios. Así, supongamos que efectivamente la Carta derogó la norma acusada y suprimió el Consejo Superior de la Administración de Justicia encargado de los concursos notariales. En tal caso, tendríamos que concluir que el Constituyente habría tomado dos decisiones contradictorias, pues el artículo 131 habría ordenado perentoriamente que los nombramientos en propiedad de los notarios sólo podrían hacerse por concurso, pero de otro lado, la propia Carta habría eliminado la entidad encargada de realizar tales concursos, sin atribuir esa competencia a ninguna otra institución. La Carta estaría ordenando entonces que se llevara a cabo una conducta (los concursos notariales), que la misma Carta estaría impidiendo realizar, al suprimir, sin razón, la entidad encargada de cumplir esa función. Esa tesis, que es la que se encuentra implícita en la argumentación del interviniente y de la providencia del Consejo de Estado, es entonces inadmisibles, pues conduce a resultados contrarios a un principio

hermenéutico elemental, según el cual el juez siempre debe preferir la interpretación que mejor permita armonizar los distintos artículos del texto constitucional, por lo cual debe evitar un entendimiento de las disposiciones que produzca conflictos innecesarios entre ellas. Ahora bien, la tesis prohijada por otros intervinientes y por la sentencia SU-250 de 1998 de esta Corporación evita esas contradicciones ya que, al mostrar que el artículo 164 del decreto 960 de 1970 no ha sido derogado, confiere plena eficacia normativa al mandato del artículo 131 superior sobre la obligatoriedad de los concursos notariales, puesto que existe, desde el momento mismo de entrar en vigencia la Carta, una entidad con la capacidad de realizar esos concursos: el Consejo Superior de la Administración de Justicia, tal y como se encuentra conformado por la norma acusada.

30- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la norma acusada se encuentra vigente pues no fue expresamente derogada por la Constitución y no es materialmente incompatible con los mandatos superiores. Con todo, la Corte encuentra que las objeciones del demandante y del actor tienen en parte razón en dos puntos específicos. De un lado, la norma impugnada prevé que en este consejo encargado de realizar los concursos y administrar la carrera notarial tome asiento el Presidente del Tribunal Disciplinario. Ahora bien, este tribunal conocía de las faltas disciplinarias de los magistrados del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, dirimía conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, y fue creado por el artículo 73 del Acto Legislativo de 1968, el cual reformó el artículo 217 de la anterior Constitución. Por tal razón, se entiende que ese tribunal fue eliminado por la Carta de 1991, no sólo porque el artículo 380 superior derogó la Constitución anterior, con todas sus reformas, sino además porque esas funciones del antiguo Tribunal Disciplinario fueron asumidas por otras instituciones. Así las cosas, la expresión “y el Tribunal Disciplinario” se ve afectada por una inconstitucionalidad sobreviniente y será entonces retirada del ordenamiento en la parte resolutive de esta sentencia. De otro lado, una vez entrada en vigor la Carta de 1991, la denominación legal de la entidad encargada de manejar los concursos notariales suscita algunos interrogantes constitucionales. En efecto, como ya se ha indicado, la norma acusada se refiere al “Consejo Superior de la Administración de Justicia”, con lo cual da a entender que esa institución no sólo maneja la carrera notarial sino que es también la entidad suprema encargada de la administración de la rama judicial. Esa denominación era en su momento equívoca, puesto que no parece la mejor técnica legislativa designar una entidad dos funciones y competencias distintas. Precisamente, como lo muestran los anteriores párrafos, la tesis sobre la derogación de la norma acusada reposa en la confusión que se deriva de ese error de técnica legislativa, - es decir el de haberle asignado dos funciones independientes al mismo organismo -, por lo que se asumía que la función de administrar la carrera judicial era igual que administrar la carrera notarial, confusión que aclaró la nueva Carta al atribuirle al Consejo Superior de la Judicatura, la administración de la carrera judicial. En consecuencia, ese título se ve también afectado por una inconstitucionalidad sobreviniente, por cuanto la Carta atribuye claramente la administración de la rama judicial al Consejo Superior de la Judicatura (CP art. 256 y 257), por lo cual no puede subsistir una denominación legal, que parece significar que también la entidad encargada de administrar la carrera notarial podría ejercer la administración de la rama judicial. Por tal razón, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “de la Administración de Justicia”, contenida en la denominación “Consejo Superior de la Administración de Justicia”, en el entendido de que a partir de la presente sentencia, y

mientras el Legislador no regule la materia de manera distinta, la entidad encargada de administrar los concursos y la carrera notarial se denominará "Consejo Superior". En ese mismo orden de ideas, siendo claro que esta institución ya no se puede confundir con ninguna otra, la Corte también retirará del ordenamiento la expresión "entonces," de ese mismo artículo, la cual pierde toda eficacia normativa. Finalmente, y por razones de unidad normativa, esta Corporación también procederá a declarar la inexecutable de la expresión "de la Administración de Justicia", contenida en la denominación "Consejo Superior de la Administración de Justicia", cuando ésta se encuentre en otros artículos del decreto 960 de 1970.

VIII. DECISIÓN

RESUELVE

Primero: Declarar EXECUTABLE la expresión "en el ejercicio de sus funciones" del artículo 1º de la Ley 29 de 1973,

Segundo: Declarar EXECUTABLE el artículo 147 del decreto 960 de 1970, salvo la expresión ", y al término del respectivo período, para quienes sean de servicio", que es INEXECUTABLE.

Tercero: Declarar EXECUTABLE el artículo 145 del decreto 960 de 1970, salvo la expresión "ser de carrera o de servicio, y", que es INEXECUTABLE, y en el entendido de que la interinidad y el encargo son mecanismos válidos para asegurar la continuidad del servicio notarial en circunstancias excepcionales, pero que no pueden ser utilizados para desconocer el mandato constitucional según el cual el servicio notarial debe ser prestado por notarios en propiedad nombrados por concurso (CP art. 131).

Cuarto: Declarar EXECUTABLE el inciso primero del artículo 161 del decreto 960 de 1970, tal y como fue subrogado por el artículo 5º del decreto 2163 de 1970, con excepción de las expresiones ", intendentes y comisarios" y "para períodos de cinco años", las cuales son INEXECUTABLES.

Cuarto: Declarar EXECUTABLE el artículo 164 del decreto 960 de 1970, con excepción de la expresión "de la Administración de Justicia", contenida en la denominación "Consejo Superior de la Administración de Justicia", de la expresión "entonces," del primer inciso del artículo, y de la expresión "y el Tribunal Disciplinario", las cuales se declaran INEXECUTABLES.

Quinto: Declarar INEXECUTABLE la expresión "de la Administración de Justicia", contenida en la denominación "Consejo Superior de la Administración de Justicia", de los artículos 141, 162 y 165 del decreto 960 de 1970.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Joaquín Costa citado Guillermo Cabanelas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. (21 Ed) Buenos Aires: Heiliasta, 1989, Tomo V, p 572.

2 Francisco Carnelutti. "La figura jurídica del notario" citado por Hernán A Ortiz Rivas. Etica notarial. Bogotá: Ediciones Ibañez, 1993, p 37.

3 Ver R Blanquer Uberos "Notario" en Enciclopedia Jurídica Básica. Madrid: Civitas, 1995, Tomo III, p 4447.

4 En el campo doctrinal, ver, entre otros, Manuel Cubides Romero. Derecho notarial colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, pp 112 y ss. Manuel Gaona Cruz. "El notariado, una función pública" en Estudios Constitucionales. Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, p 368 y ss.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 17 de junio de 1971. MP Guillermo González Charry en Gaceta Judicial. Tomo CXXXVIII, p 245. En el fallo del 20 de febrero de 1975. MP Alejandro Córdoba Medina, ese tribunal reitera que "sea que al notario de le considere como empleado público o como profesional, cuestión muy debatida por los autores de obras jurídicas, lo cierto es que le corresponde el calificativo de funcionario público porque ejerce una función delegada del Estado, cual es la de dar fe pública de los hechos y actos de que conoce por razón de sus atribuciones legales" (subrayas no originales). Sentencia tomada de Foro colombiano, No 69, marzo de 1975, p 276.

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente No. 1515, actor Cesar Augusto Varela. Auto del 26 de octubre 1990. MP Myriam Guerrero de Escobar. En el mismo sentido, ver Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de febrero de 1998, radicación número: 1.085. MP Javier Henao Hidrón..

7 Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 1997. MP Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido, ver sentencias C-601 de 1996, C-093 de 1998 y SU-250 de 1998.

8 Sobre los debates constituyentes, ver los siguientes números de la Gaceta Constitucional: No 22, 23, 28, 66, 77 y 128. Ver igualmente los Presidencia de la República, Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial. Un recuento de esos debates también se encuentra en Fernando Mayorga García. El notariado en la Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá: Fondo Nacional de Notariado, 1997, pp 59 y ss.

9 Ver el proyecto No 116 de Luis Guillermo Nieto Roa en Gaceta Constitucional No 28.

11 Ver el proyecto No 67 presentado por el Partido Social Conservador en Gaceta Constitucional No 23.

12 Ver los Informes Ponencias sobre el tema, tanto para el debate en Comisión como para el debate en Plenarias en Gaceta Constitucional Nos 66 y 77.

13 Ver Gaceta Constitucional No 66 p 13 y No 77 p 15.

14 Ver la intervención de Alvaro Gómez Hurtado en la sesión del 15 de mayo de la Comisión IV en Presidencia de la República, Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial. (4515) Ver también Fernando Mayorga García- Loc-cit, p 88.

15 Ver las intervenciones de los Constituyentes Velasco Guerrero y Maria Teresa Garcés respectivamente en la sesión del 15 de mayo de la Comisión IV en Presidencia de la República, Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial. (4515) Ver también Fernando Mayorga García- Loc-cit, p 89.

16 Ver la intervención del Delegatario Armando Holguín. en la sesión del 15 de mayo de la Comisión IV en Presidencia de la República, Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial. (4515) Ver también Fernando Mayorga García- Loc-cit, p 96.

17 Ver la intervención de la delegataria Maria Teresa Garcés en la sesión del 15 de mayo de 1991 de la Comisión IV en Presidencia de la República, Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial. (4515) Ver también Fernando Mayorga García- Loc-cit, p 81.

18 Ver la intervención de la delegataria Maria Teresa Garcés en la sesión plenaria de la Asamblea Constituyente del 5 de junio de 1991 en Presidencia de la República, Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial. (0605) Ver también Fernando Mayorga García- Loc-cit, p 128.

19 Sentencia SU-250 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico B-4.

20 Intervención de la delegataria Maria Teresa Garcés en la sesión del 15 de mayo de 1991 en la Comisión IV. Ver Presidencia de la República, Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial. (4515) Ver también Fernando Mayorga García- Loc-cit, pp 85 y 86

21Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias C-479 de 1992, C-391 de 1993, C-527 de 1994, C-040 de 1995, C-063 de 1997, T-315 de 1998 y C-539 de 1998.

22Sentencia C-041 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

23 Sentencia T-315 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamentos Jurídicos No 10 y 11.

24 Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 3.7.

25 Sentencia C-041 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

26 Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 3.7.

27 Ver Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 18 de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Consejero Ponente: Joaquin Jarava del Castillo. Ref: expediente ACU 098. Actor: Sergio González Rey.

28 Sentencia C-281 de 1994. MP José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido ver, entre otras, la sentencia C-513 de 1994.

29 Ver al respecto los debates en la sesión del 15 de mayo de 1991 en la Comisión IV y en especial las intervenciones de los constituyentes Armando Holguín y Maria Teresa Garcés. Ver Presidencia de la República, Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial. (4515) Ver también Fernando Mayorga García- Loc-cit, pp 85 y 86